كتاب الشركة

بوزن سرقة ، وتمرة ، ونعمة ، وهي جائزة بالإجماع ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الخُلَطَاءِ لَيبغى بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (١) الآية . والخلطاء : هم الشركاء ، لقوله ﷺ: « يَقُولُ اللهُ أنَا ثَالِثُ الشريكين مَا لم يخنْ أحدهما صَاحِبَهُ ، فَإذَا خانه خَرَجْتُ مِنْ بَينهما » (٢) رواه أبو داود من حديث أبي هريرة وإسناده ثقات .

(وهي) نوعان : (اجتماع في استحقاق ، أو) اجتماع في (تصرف ، و) النوع الأول : شركة في المال (كاثنين ملكا عيناً بمنافعها بإرث ، أو شراء ، أو هبة ونحوها ، أو ملكا الرقبة دون المنفعة ، أو بالعكس ، ويلحق بذلك ما إذا اشتركا في حق الرقبة ، كما لو قذفهما إنسان بكلمة واحدة ، فإنه يحد لهما حداً واحداً ، ويأتي .

(و) النوع (الثاني : شركة عقود ، وهو المراد هنا) بالترجمة ، (وتكره معاملة من في ماله حلال وحرام يجهل) وكذا إجابة دعوته ، وأكل هديته وصدقته ونحوها ، ويأتي في الوليمة . وتقوي الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته ، لقوله ﷺ : « فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ فَقَد استَبْرأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ » (٣) الحديث .

(و) تكره (مشاركة مجوسي ووثني ومن في معناه) ممن يعبد غير الله تعالى . وظاهره : ولو كان المسلم يلي التصرف ، قال أحمد في المجوسي : ما أُحب مخالطته ومعاملته ، لأنه يستحلُّ ما لا يستحل هذا ، (وكذا) تكره (مشاركة كتابي ولو غير ذمي، لأنه يعمل بالربا ، إلا أن يلي المسلم التصرف) فلا تكره وللأمن من الربا ، ولما روي الخلال بإسناده عن عطاء ، قال : « نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ مُشَارَكَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إلا أنْ يَكُونَ الشِّرَاءُ وَالبَيْعُ بِيَدِ المُسْلِمِ » .

(وهي) أي شركة العقود (خمسة أقسام ، لا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف) لأنها عقد على تصرف في مال ، فلم تصح من غير جائز التصرف في المال

---

(١) سورة ص . الآية : ٢٤ .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب علامات النبوة ، الحديث (٣٦٤٢) .

(٣) الحديث متفق عليه من رواية النعمان بن بشير ، أخرجه البخاري في كتاب الإيمان ، باب فضل من استبرأ لدينه ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات .

كالبيع (أحدها : شركة العنان) - بكسر العين - ، سميت بذلك لأن الشريكين فيها يتساويان في المال والتصرف ، كالفارسين إذا استويا بين فرسيهما وتساويا في السير .

وقال الفراء : « مشتقة من عنَّ الشيء » إذا عرض ، يقال : عنت لي حاجة إذا عرضت ، لأن كل واحد منهما قد عنَّ ، أي عرض له مشاركة صاحبه ، وقيل : من عانه ، إذا عارضه ، فكل منهما قد عارض صاحبه بمثل ماله وعمله . قال في المبدع : وقوله في الشرح : أنه راجع إلى قول الفراء ليس بظاهر ، وما قاله في الشرح هو في المغني أيضاً ، وهي جائزة إجماعاً ، ذكره ابن المنذر ، وإن اختلف في بعض شروطها (بأن يشترك اثنان فأكثر بماليهما) خرج به المضاربة ، لأن المال فيها من جانب ، والعمل من آخر ، فإنها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب ، لقوله : (ليعملا فيه) أي المال (ببدنيهما وربحه بينهما) على حسب ما اشترطاه ، (أو) يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن (يعمل) فيه (أحدهما بشرط أن يكون له) أي العامل (من الربح أكثر من ربح ماله) ليكون الجزء الزائد في نظير عمله في مال شريكه ، (فإن شرط) صاحبه (له ربحاً قدر ماله) أي العامل ، (فهو إبضاع لا يصح) لأنه عمل في مال الغير بغير عوض، (وإن شرط له) صاحبه (أقل منه) أي من ربح ماله (لم يصح أيضاً ، لأخذه جزءاً من ربح مال صاحبه بلا عمل) منه ، لكن التصرف صحيح لعموم الإذن وله ربح ماله ، ولا أجرة له لتبرعه بعمله (مما يدل على رضاهما) متعلق بيشترك أو محذوف تقديره ، وتنعقد (بمصير) -بتشديد الياء المكسورة- (كل منهما) أي المالين (لهما) أي للشريكين فقوله : بمصير متعلق بقوله : على رضاهما ، (ولها) أي شركة العنان (شروط ، منها : أن يكون المالان) المعقود عليهما (معلومين) فلا تصح على مجهولين للغرر ، (فإن اشتركا في مال) مختلط بينهما شائعاً (كما ورثاه ، أو اتهباه ، ولم يعلما كميته) صح (عقد الشركة) إن علما قدر مال كل منهما (فيه من نصف أو ربع ونحوه ، لانتفاء الغرر بذلك ، (ومنها) أي شروط الشركة (حضور المالين كمضاربة) لتقرير العمل ، وتحقيق الشركة .

(فلا تصح) الشركة (على) مال (غائب) ، ولا (على مال) في الذمة (لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال ، وهو مقصود الشركة ، لكن إذا أحضراه وتفرقا ووجد منهما ما يدل على الشركة فيه انعقدت حينئذ ، (ولا) تصح الشركة على مال (مجهول) من الطرفين أو أحدهما كما تقدم .

(وهي) أي الشركة التي وقع العقد فيها على مالين منهما ليعمل فيه أحدهما بجزء زائد عن ربح ماله (عنان) من حيث إن المال منهما .

(ومضاربة) من حيث أن العمل من أحدهما في مال غيره وبجزء من ربحه ، وإنما حملت كلامه على هذا مع بعده ، ليوافق كلام غيره من الأصحاب ، (ويغني لفظ الشركة عن إذن صريح) من كل منهما للآخر (في التصرف) لتضمنها للوكالة ، (وينفذ تصرف كل واحد منهما) أي الشريكين (في جميع) المالين بحكم الملك في نصيبه ، و(بحكم) الوكالة في نصيب شريكه ، (لأنه متصرف بجهة الإذن ، فهو كالوكالة فعلمت أن كلا من المالين يصير شركة بينهما بمجرد العقد ، وإن لم يقع خلط بالفعل ، (ومنها) أي شروط الشركة (أن يكون رأس المال من النقدين المضروبين) لأنهما ثمن المبيعات وقيم الأموال ، والناس يشتركان بهما من زمن النبي ﷺ إلى زمننا من غير نكير .

(فلا تصح شركة العنان ولا المضاربة بعرض ، ولو) كان العرض (مثلياً) كبر وحرير ، لأن قيمته ربما زادت قبل بيعه ، فيشاركه الآخر في نماء العين التي هي ملكه .

(ولا) تصح الشركة ولا المضاربة (بقيمته) أي العرض ، لأن القيمة قد تزيد بحيث تستوعب جميع الربح ، وقد تنقص ، بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح مع أن القيمة غير متحققة المقدار فيفضي إلى التنازع .

(ولا) تصح شركة العنان ولا المضاربة (بثمنه) أي ثمن العرض (الذي اشترى به) لأنه معدوم حال العقد ، وأيضاً قد خرج عن ملكه للبائع .

(ولا) تصح شركة عنان ولا مضاربة (بثمنه) أي ثمن العرض (الذي سيباع به) لأنه معدوم ، ولا يملكه إلا بعد البيع ، (ولا) تصح شركة عنان ومضاربة (بمغشوش) من النقدين غشاً (كثيراً) عرفاً ، لأنه لا ينضبط غشه ، فلا يتأتى رد مثله لأن قيمتها تزيد وتنقص ، فهي كالعروض ، (ولا فلوس ولو نافقة) لأنها عروض ، (ولا نقرة ، وهي التي لم تضرب) لأن قيمتها تزيد وتنقص ، فأشبهت العروض ، (ولا أثر هنا) أي في شركة العنان والمضاربة ، (و) لا (في الربا وغيره) كالصرف والقرض (لغش يسير لمصلحة ، كحبة فضة ونحوها في دينار) لأنه لا يمكن التحرز منه ، (ومنها) أي شروط شركة عنان ومضاربة (أن يشترطا لكل واحد منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كنصف أو ثلث أو غيرهما) لأن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط ، فلم يكن بد من اشتراطه ، (سواء شرطا لكل واحد) منهما على (قدر ماله من الربح ، أو) شرطا (أقل) منه ، (أو أكثر) لأن الربح مستحق بالعمل ، وقد يتفاضلان فيه ، لقوة أحدهما وحذقه ، فجاز أن يجعل له حظاً من ربح ماله كالمضارب ، (فإن قالا : الربح بيننا

تناصفاه) لأن الإضافة إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح ، فاقتضت التسوية ، كقوله: هذه الدار بيني وبينك ، (وإن لم يذكراه) أي الربح لم يصح لأنه المقصود من الشركة. فلا يجوز الإخلال به (أو شرطا لأحدهما في الشركة والمضاربة جزءاً مجهولاً) كحظ أو جزء ونصيب لم يصحا ، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب ، (أو) شرطا فيهما لأحدهما (دارهم معلومة) لم يصحا ، لأنه قد لا يربح غيرها فيأخذ جميع الربح وقد لا يربح فيأخذ جزءاً من المال ، وقد يربح كثيراً فيتضرر من شرطت له ، (أو) شرطا لأحدهما (ربح أحد الثوبين، أو) ربح (أحد السفرتين ، أو ربح تجارته في شهر) بعينه ، (أو) في (عام بعينه) لم يصحا ، لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره ، أو بالعكس ، فيختص أحدهما بالربح ، وهو مخالف لموضوع الشركة ، (أو) شرطا لأحدهما (جزءاً وعشرة دراهم، أو جزءاً إلا عشرة دراهم) ونحوها لم يصحا ، كما لو شرط له مثل ما شرط لزيد في شركة أخرى ، وهما لا يعلمانه ، (أو دفع إليه ألفاً مضاربة وقال) الدافع: (لك ربح نصفه ، لم يصح العقد) لما تقدم ، (وكذا مساقاة ومزارعة) قياساً على الشركة ، فيعتبر لصحتها تسمية جزء مشاع معلوم للعامل ، ويأتي في بابه مفصلاً ، (ولا يشترط) في شركة عنان (خلط المالين) لأنه عقد يقصد به الربح ، فلم يشترط فيه ذلك كالمضاربة ، ولأنه عقد على التصرف فلم يشترط فيه الخلط كالوكالة ، (ولا) يشترط أيضاً (اتفاقهما) أي المالين (قدراً ، و) لا (جنساً ، و) لا (صفة) لأنهما أثمان ، فصحت الشركة فيهما كالمتفقين ، (فلو نما أحدهما) أي المالين (قبل الخلط أو خسر) أحدهما قبل الخلط ، (فـ) النماء (لهما ، و) الخسران (عليهما) لأن المال صار مختلطاً بمجرد العقد كما تقدم ، (ولو أخرج أحدهما) مائتين أي الشريكين (دراهم و) أخرج (الآخر دنانير ، أو) أخرج (أحدهما مائة ، و) أخرج (الآخر أو) أخرج (أحدهما) دراهم (ناصرية) أي ضرب الناصر محمد بن قلاوون ، (و) أخرج (الآخر) دراهم (ظاهرية) نسبة للظاهر بيبرس (صح) العقد لما تقدم ، (وعند التراجع) بعد فسخ الشركة (يرجعان بما أخرجاه) أي يأخذ كل منهما مثل ما أخرجه قدراً وجنساً وصفة وما بقي فربح ، (وما يشتريه كل منهما) أي الشريكين (بعد عقد الشركة ، فـ) هو (بينهما) مشترك حيث لم ينوه لنفسه ، لأن العقد وقع على ذلك ، ولأنه أمينه ووكيله ، (وأما ما يشتريه) أحدهما (لنفسه فهو له) خاصة ، (والقول قوله في ذلك) أي أنه اشتراه للشركة أو لنفسه ، لأنه أعلم بنيته ، (وإن تلف أحد المالين) أو بعضه ، (ولو قبل الخلط ، فـ) التالف (من ضمانهما) معاً ، لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد كنمائه ، لصحة القسمة بالكلام ، كخرص ثمار ،

فكذا الشركة ، احتج به أحمد ، قاله الشيخ تقي الدين ، (والوضيعة) أي الخسران ، ولو في أحد المالين قبل الخلط عليهما (على قدر المال) بالحساب ، لأنها عبارة عن نقصان رأس المال ، وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره ، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن أو غير ذلك .

★ ★ ★

(فصل في حكم تصرف الشريكين)

ويجوز لكل منهما أي من الشريكين (أن يبيع ويشتري مساومة، ومرابحة، وتولية ومواضعة) لأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل ، فملك ذلك كالوكيل ، (ويقبض) ثمناً ومثمناً ، (ويقبض) ذلك لأنه مؤتمن في ذلك فملكها بخلاف الوكيل في قبض الثمن ، فإنه قد لا يأمنه ، (ويطالب بالدين ويخاصم فيه) لأن من ملك قبض شيء ملك المطالبة والمخاصمة فيه ، كالوكيل في قبض الدين ، (و) لكل منهما أن (يحيل ويحتال) لأنهما عقد معاوضة وهو يملكهما ، (ويؤجر ويستأجر) من مال الشركة ، لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان ، فصار كالشراء والبيع ، وله المطالبة بالأجر لهما ودفعه عليهما، لأن حقوق العقد لا تختص بالعاقد ، (و) لكل منهما أن (يرد بالعيب للحظ فيما وليه) من البيع (أو وليه صاحبه) لأن الوكيل يرد ، فالشريك أولى ، (ولو رضي) به (شريكه ، و) له أن (يقربه) أي بالعيب كما يقبل إقرار الوكيل على موكله به ، (و) له أن (يقابل) لأن الحظ قد يكون فيها . قال في المبدع : وظاهره مطلقاً وهو الأصح في الشرح ، لأنها إن كانت بيعاً فقد أذن له فيه ، وإن كانت فسخاً فكالرد بالعيب .

(و) له أن (يقر بالثمن وببعضه ، وبأجرة المنادي والحمال ونحوه ، ويأتي قريباً) لأن ذلك مما يحتاج إليه كالإقرار بالعيب .

(و) له أن يفعل (كل ما هو من مصلحة تجارتهما) لأن مبناها على الوكالة والأمانة (وإن ردت السلعة عليه) أي الشريك (بعيب فله أن يقبلها) ويرد الثمن .

(و) له أن (يعطي الأرش أو يحط من ثمنه) لأجل العيب ، (أو يؤخر ثمنه لأجل العيب) لأنه عادة التجارة .

(وليس له) أي لأحدهما (أن يكاتب الرقيق) لأنه لم يأذن فيه شريكه ، والشركة تنعقد على التجارة وليست منها ، (ولا) أن (يزوجه) لما ذكرنا ، سيما وتزويج العبد ضرر محض ، (ولا) أن (يعتقه ، ولو بمال ولا يهبه) لكن نقل حنبل : يتبرع ببعض

الثمن لمصلحته ، (ولا) أن (يقرض) ظاهره ولو برهن ، (ولا يحابي) فيبيع بأنقص من ثمن المثل ، أو يشتري بأكثر منه لأن الشركة انعقدت على التجارة بالمال ، وهذه ليست منها ، (ولا) أن (يضارب بالمال) لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً ، ويستحق ربحه لغيره ، (ولا) أن (يشارك فيه) أي في مال الشركة ، (ولا أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره) لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها ، (ولا أن يأخذ به) أي بمال الشركة (سفتجة) -بفتح السين والتاء- ذكره في حاشيته ، (بأن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة ويأخذ به كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه ذلك المال) بتلك البلد ، لأن فيها خطراً ، (ولا يعطيها) أي السفتجة (بأن يأخذ من إنسان عرضاً ويعطي بثمنه كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه ذلك) المال (إلا بإذن شريكه فيهن) أي فيما ذكر من هذه المسائل ، لأنه ليس من التجارة المأذون فيها ، وهو راجع للكتابة وما بعدها .

(ويملك) الشريك (البيع نساء) أي إلى أجل معلوم ، لأنه من عادة التجار ، ومهما فات من الثمن لم يلزمه ضمانه ، إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به ، أو من لا يعرفه ، قاله في المغني في المضارب .

(ويملك الإيداع) لأنه عادة التجارة ، (و) يملك (الرهن والارتهان) لأن الرهن يراد للإيفاء ، والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملكهما ، فكذا ما يراد لهما (لحاجة فيهن) أي في الإيداع والرهن والارتهان ، ولا فرق بين من يلي العقد وغيره ، (و) لشريك (عزل وكيل وكله هو ، أو) وكله ((شريكه) لأنه وكيل وكيله ، (وليس له أن يبضع، وهو) أي الإبضاع في الأصل طائفة من المال تبعث للتجارة ، قاله الجوهري . والمراد (أن يدفع من مال الشركة إلى من يتجر فيه والربح كله للدافع وشريكه) لما فيه من الغرر ، (وليس له أن يوكل فيما يتولى مثله) من العمل (بنفسه) كالوكيل . وعلم منه : أن له التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجزه ، (وهو) أي شريك العنان ، (كمضارب فيما له) فعله ، (و) فيما يجب (عليه) فعله ، (وفيما يمنع) المضارب (منه) لتساويهما في الحكم .

(وله) أي الشريك (السفر مع الأمن) أي أمن البلد والطريق ، كولي اليتيم ، (فلو سافر والغالب العطب ضمن) لتفريطه ، (وكذا) لو سافر (فيما ليس الغالب السلامة فيه) ولو استوى الأمران لتفريطه ، (ومثله ولي يتيم) ومضارب ، (وإن لم يعلما) أي الشريك وولي اليتيم ، ومثله المضارب (بخوفه) أي البلد أو الطريق ، (أو) لم يعلما (بفلس مشتر لم يضمنا) ما فات بذلك لأنهما لا يعدان مفرطين ، (وإن علم)

الشريك (عقوبة سلطان ببلد بأخذ مال فسافر إليه فأخذه ضمنه) أي المال (لتعريضه) أي الشريك المال (للأخذ وليس له) أي الشريك (أن يستدين على مال الشركة) لأنه يدخل فيها أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه ، فلم يجز كما لو ضم إليها شيئاً من ماله ، والاستدانة) بأن يشتري بأكثر من رأس المال ، أو (بثمن ليس معه من جنسه إلا في النقدين) لجريان العادة بقبول أحدهما عن الآخر ، (فإن فعل) أي استدان على الشركة ، (فهو) أي فضمان ما استدانه (عليه) إن تلف أو خسر ، (وربحه له) إن ربح ، لأنه لم تقع الشركة فيه ، (إلا أن يأذن شريكه) فيجوز كبقية أفعال التجارة المأذون فيها ، وإن أخذ أحدهما مالاً مضاربة ، فربحه له دون صاحبه ، لأنه يستحقه بعمله ، ويجيء فيه ما يأتي في المضاربة ، ذكره ، في المغني ، (وهذا المنع المتقدم مع الإطلاق ، أما لو أذن) الشريك (له) أي لشريكه (فيه) أي فيما تقدم أنه ممنوع منه من التصرفات جاز ، (أو قال) الشريك لشريكه (اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الإبضاع، والمضاربة بالمال، والمشاركة) به، (وخلطه بماله ، والزراعة وغير ذلك ، إذا رأى فيه مصلحة) لتناول الإذن لذلك دون التبرع والحطيطة والقرض ، وكتابة الرقيق وعتقه ، وتزويجه لأنه ليس بتجارة ، وإنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة ، (وإن أخر) أحد الشريكين (حقه من الدين الحال جاز) لأنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد به كالإبراء (لا) إن أخر (حق شريكه) فلا يجوز ، لأنه غير مأذون فيه نطقاً ولا عرفاً ، (لكن لو قبض شريكه شيئاً مما لم يؤخر كان له) أي للمؤخر (مشاركته فيه) أي فيما قبضه ، (وله) أي الشريك (حبس غريم مع منع الآخر منه) أي من حبسه لأنه مدينه ، (وإن تقاسما الدين في الذمم) بأن كان لهما على زيد مائة ، فقال : أنا آخذ منه خمسين وأنت تأخذ خمسين ، لم تصح ، (أو) تقاسما الدين في (الذمم) بأن كان لهما ديون على جماعة ورضى كل ببعضهم ، (لم يصح) لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل ، والقسمة لا تقضيهما ، لأنها بغير تعديل بمنزلة البيع ، ولا يصح بيع الدين بالدين ، فلو تقاسما وضاع البعض وقبض البعض ، فما قبض لهما وما ضاع عليهما ، (وإن أبرأ) أحدهما (من الدين لزم) الإبراء (في حقه) لأنه تبرع (دون) حق (صاحبه) لأنه ليس من التجارة ، ومثله لو أجل ثمن مبيع في مدة خيار على ما في المبدع ، (وكذلك إن أقر) أحد الشريكين (بمال على الشركة غير المتعلق بها، وتقدم) المتعلق بها وأنه عليهما (قريباً ، عيناً كان) المقر به (أو ديناً قبل) حصول (الفرقة بينهما ، لزم) الإقرار (في حقه ولم يقبل) إقراره (على شريكه) لأنه إنما أذن له في التجارة ، وليس الإقرار داخلاً فيها ، (وإذا أقبض أحد الشريكين من مال

مشترك بينهما بإرث أو إتلاف ، أو عقد من ثمن مبيع ، أو قرض أو غيره) قال الشيخ تقي الدين : أو ضريبة سبب استحقاقها واحد ، (ولو كان القبض بعد تأجيل شريكه حقه فلشريكه الأخذ من الغريم) مثل ما قبضه شريكه ، (وله الأخذ من القابض) لأنهما سواء في الملك (حتى ولو أخرجه) القابض عن يده (برهن أو قضاء دين فيأخذه) الشريك (من يده) أي ممن هو بيده (كمقبوض بعقد فاسد ، فإن كان القبض بإذن شريكه أو تلف) المقبوض (في يد قابضه ، فلا محاصة) ويتعين الغريم ، ويأخذ الشريك منه مثل ما قبضه شريكه ، (وللغريم) غير المحجور عليه (التخصيص) لبعض الغرماء (مع تعدد سب الاستحقاق) بأن باعه واحد شيئاً وأقرضه آخر شيئاً ، فله تقديم من شاء منهما في الوفاء ، إذ لا معين لذلك غيره (لكن ليس لأحدهما إكراهه على تقديمه) على الآخر ، لأنه إكراه بغير حق ، (و) يجب (على كل واحد) من الشريكين (أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه ، من نشر الثوب وطيه ، وختم الكيس وإحرازه ، وقبض النقد) لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، وهو يقتضي أن هذه الأمور يتولاها بنفسه ، (فإن) استأجر من (فعله بأجرة غرمها) من ماله ، لأنه بذلها عوضاً عما يلزمه ، (وما جرت العادة) بـ (أن يستنيب) الشريك (فيه ، كالاستئجار للنداء على المتاع ونحوه ، فله أن يستأجر من مال الشركة من يفعله) لأنه العرف ، (وليس له) أي الشريك (فعله) أي فعل ما جرت العادة أن لا يتولاه ، (ليأخذ أجرته بلا شرط) لأنه تبرع بما لا يلزمه ، فلم يستحق شيئاً ، كالمرأة التي تستحق خادماً إذا خدمت نفسها ، (وإذا استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه ، كنقل طعام بنفسه، أو غلامه، أو دابته ، جاز، كا) ستئجار (داره) أو أجنبي لذلك ، (وبذل خفارة وعشر على المال . قال) الإمام (أحمد : ما أنفق على المال) المشترك (فعلى المال) بالحصص ، كنفقة العبد المشترك ، (وليس لأحد من الشركاء أن ينفق من المال) المشترك (أكثر من نفقة شريكه إلا بإذنه) أي إذن شريكه ، لأنه بغير إذنه خيانة أو غصب ، (وإن اتفقا) أي الشريكان (على شيء معلوم من النفقة لكل واحد منهما، كان) ذلك (أحوط) قطعاً للنزاع ، (ويحرم على شريك في زرع فرك شيء من سنبله يأكله بلا إذن) شريك ، لأنه تصرف في المال المشترك بغير إذن صاحبه ، وفي الفروع: ويتوجه عكسه .

★ ★ ★

(فصل في شروط الشركة)

والشروط في الشركة ضربان كالبيع والنكاح :

أحدهما : (صحيح ، مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع) أي المال ،

سواء كان مما يعم وجوده أو لا . وقال في الرعاية : عام الوجود ، والمراد به عمومه حال العقد في الموضع المعين للتجارة ، لا عمومه في سائر الأزمنة والأمكنة ، (أو) أن لا يتجر إلا في (بلد بعينه) كمكة ونحوها (أو) أن لا يبيع إلا بنقد كذا ، أو) أن (لا يسافر بالمال ، أو) أن (لا يبيع) إلا من فلان ، (أو) أن (لا يشتري إلا من فلان) فهذا كله صحيح ، سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو يقل ، لأنه عقد يصح تخصيصه بنوع ، فصح تخصيصه برجل وبلد معينين ، كالوكالة ، فإن جمع البيع والشراء من واحد لم يضر ، ذكره في المستوعب . وفي المغني والشرح : خلافه . قال في المبدع : وهو ظاهر .

(و) الثاني : (فاسد ، كاشتراط ما يعود بجهالة الربح ، وتقدم) بيانه (في الباب، فهذا يفسد العقد في الشركة والمضاربة) كما تقدم مفصلاً ، (وإن اشترط) الشريك أو رب المال (عليه) أي على شريكه أو المضارب (ضمان المال) إن تلف ، (أو) شرط (أن عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله) فسد الشرط وحده ، لمنافاته مقتضى العقد (أو) شرط عليه (الارتفاق بالسلع) فسد الشرط ، لأنه لا مصلحة فيه ، أشبه اشتراط ما ينافيه ، (أو) شرط عليه أن (لا يفسخ الشركة مدة بعينها ، أو) أن (لا يبيع إلا برأس المال، أو أقل) من رأس المال، (أو) أن (لا يبيع إلا ممن اشترى منه أو) أن (لا يبيع أو لا يشتري ، أو لزوم العقد ، أو) شرط عليه (خدمة ، ولو في شيء معين ، أو قرضاً ، أو مضاربة أخرى) له في مال آخر (أو شرطه) أي ما ذكر من الخدمة وما عطف عليهما (لأجنبي ، أو) شرط (أيما أعجبه أخذه بثمنه ، وهو التولية ونحوه) كشرطه على المضارب جزءاً من الوضيعة ، (فهذه شروط فاسدة) لأنها ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، أشبهت ما ينافيه ، (ولا تفسد) هذه الشروط الفاسدة (العقد) لأنه عقد على مجهول ، فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح ، وهذا ما صححه في الإنصاف وغيره ، لكن مقتضى القواعد : أنه إذا شرط عليه قرضاً أو مضاربة أخرى يفسد العقد ، لأنه كبيعتين في بيعة ، المنهى عنه ، كما يأتي بعضه في المضاربة ، (وإذا فسد العقد) أي عقد الشركة بأنواعها (قسم ربح شركة عنان ووجوه على قدر المالين) لأن التصرف صحيح ، لكونه بإذن مالكه والربح نماء المال ، (كالوضيعة) فهي بقدر المالين ، (وما عمله كل واحد منهما) أي الشريكين (في الشركتين) أي شركة العنان وشركة الوجوه ، (فله أجرته) لأنه عمل في نصيب شريكه ، فيرجع به ، لأنه عقد يبتغي الفضل فيه في ثاني الحال ، فوجب أن يقابل

العمل فيه عوض ، كالمضاربة ، وبيان قدر أجرته في نصيب شريكه : أن ينظر أجرة عمل كل واحد منهما في المالين ، و(يسقط منها أجرة عمله في ماله) لأنه الإنسان لا يجب على نفسه المال ، (ويرجع على) شريكه (الآخر بقدر ما بقي له) من أجرة العمل ، لأنه الذي عمله في مال شريكه ، (فإن تساوي مالاهما وعملاهما تقاص الدينان) لأنه قد ثبت لكل منهما على الآخر مثل ماله عليه ، (واقتسما الربح نصفين ، وإن فضّل أحدهما صاحبه بفضل تقاص دين القليل بمثله) من الكثير ، (ويرجع على الآخر بالفضل) أى بنصفه لما تقدم ، (وقسمت أجرة ما تقبلاه في) شركة (الأبدان) إذا فسدت (بالسوية ، ويرجع كل واحد منهما فيها على الآخر بأجرة نصف عمله) لما تقدم ، (وإن تعدى شريك) ما أمر به شريكه فتلف شيء من المال (ضمن) التالف ، كسائر الأمناء ، (والربح لرب المال) أي ربح نصيب الشريك له ، لا شيء فيه للمعتدي كالغاصب . قال في الإنصاف : على الصحيح من المذهب ، ونقله الجماعة ، (والعقد الفاسد في كل أمانة وتبرع ، كمضاربة ، وشركة ، ووكالة ، ووديعة) ورهن ، وهبة ، وصدقة ونحوها ، كصحيح في ضمان عدمه ، فكل عقد لا ضمان في صحيحه كالمذكورات (لا ضمان في فاسده ، وكل عقد لازم) أو جائز (يجب الضمان في صحيحه بحسب) الضمان (في فاسده كبيع وإجارة ونكاح ونحوها) كعارية ، والمراد ضمان الأجرة والمهر في الإجارة الفاسدة والنكاح الفاسد، وأما العين فغير مضمونة فيهما.

والحاصل : أن ما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ، ومالا فلا . قال في القواعد : وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح ضمن فيها في العقد الفاسد ، فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وإنما تضمن العين بالثمن والمضمون بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب ، ولا يقال : إذا باع العدل الرهن وقبض الثمن وتلف في يده ، ثم خرج الرهن مستحقاً رجع على العدل إن لم يعلمه بالحال ، كما سبق ، مع أنه لا ضمان عليه في صحيحه ، لأن هذا من القبض الباطل لا الفاسد ، (والشركة) بسائر أنواعها (عقد جائز) من الطرفين ، لأن مبناها على الوكالة والأمانة (تبطل بموت أحد الشريكين ، و) بـ (جنونه) المطبق ، (و) بـ(الحجر عليه لسفه) أو فلس ، أو فيما حجر عليه فيه (وبالفسخ من أحدهما) وسائر ما يبطل الوكالة ، (فإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول) ولو لم يعلم ، كالوكيل (ولم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه) من المال ، فإن تصرف في أكثر ضمن الزائد (وللعازل التصرف في الجميع) أي جميع مال الشركة ، لأنها باقية في حقه ، لأن شريكه لم يعزله ، بخلاف ما إذا فسخ أحدهما الشركة ، فلا يتصرف كل إلا في

قدر ماله (هذا) أي ما ذكر من العزل (إذا نض المال) أي صار مثل حاله وقت العقد عليه دنانير أو دراهم ، (وإن كان) المال (عرضاً لم ينعزل) أحدهما بعزل شريكه له ، (وله التصرف بالبيع) لتنضيض المال كالمضارب (دون المعاوضة بسلعة أخرى ، ودون التصرف بغير ما ينض به المال) لأنه معزول ، ولا حاجة تدعو إلى ذلك بخلاف التنضيض ، هذا ما ذكره القاضي .

وظاهر كلام أحمد والمذهب : أنه ينعزل مطلقاً ، وإن كان عرضاً ، وورد قياسه على المضارب بأن الشركة وكالة والربح يدخل ضمناً ، وحق المضارب أصلي ، (وإذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله) أي الوارث (أن يقيم على الشركة ، ويأذن له الشريك في التصرف) ويأذن هو أيضاً لشريكه فيه ، (وهو) أي بقاؤه على الشركة (إتمام الشركة ، وليس بابتدائها ، فلا تعتبر شروطها) أي شروط الشركة من حضور المال وكونه نقداً مضروباً ، وبيان الربح ونحوها مما تقدم ، هذا مقتضى كلامه في المغني والمبدع . وقال في المستوعب : إن مات يخرج من الشركة ، ويتسلم حقه ورثته . انتهى. فصريحه بطلان الشركة بموت أحدهما ، وهو صريح كلامه قريباً ، وكلام المنتهى وغيرهما فيما تقدم في الوكالة ومقتضى ما يأتي في المضاربة ، إذ لا فرق ، (وله) أي الوارث (المطالبة) للشريك (بالقسمة) لمال الشركة (فإن كان) الوارث (مولى عليه) لكونه محجوراً عليه (قام وليه مقامه في ذلك) أي في إبقاء الشركة والمقاسمة ، (ولا يفعل) الولي (إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه) كسائر التصرفات ، (فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين ، فالموصي له) إذا قبل (كالوارث فيما ذكرنا) لانتقال الملك إليه ، (وإن كان) الإيصاء به (لغير معين كالفقراء ، لم يجز للوصي الإذن في التصرف ، ووجب دفعه إليهم) أي دفع المال الموصي به إلى الموصي لهم ، (ويعزل) الوصي (نصيبه) أي نصيب الميت ، (ويفرقه عليهم) أي على الموصى لهم عملاً بالوصية ، (فإن كان على الميت دين تعلق) الدين (بتركته ، فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه ، فإنه قضاه) أي الوارث (من غير مال الشركة ، فله الإتمام) أي إتمام الشركة ، (وإن قضاه منه ، بطلت الشركة في قدر ما قضى) ذكره في المغني، والمبدع وغيرهما ، لكن مقتضى ما تقدم: أن الوارث لا يمنع من إتمام الشركة قبل القضاء ، لكن يكون موقوفاً إن قضاه نفذت الشركة كسائر تصرفاته ، وإلا نقضت ووفي الدين من حصة الميت ، (ويأتي في المضاربة : لو مات أحد المتضاربين) مفصلاً .

★ ★ ★

(فصل في القسم الثاني : المضاربة)

(وهي) تسمية أهل العراق ، مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة . قال تعالى : ﴿ وآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ ﴾ [1] ، ويحتمل أن يكون من ضرب كل منهما بسهم في الربح ، وسماها أهل الحجاز قراضاً ، فقيل : هو من القرض بمعنى القطع . يقال : قرض الفأر الثوب إذا قطعه ، فكأن رب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها إلى العامل ، واقتطع له قطعة من ربحها . وقيل : من المساواة والموازنة . يقال : تقارض الشاعران إذا توازنا ، وهي جائزة بالإجماع ، حكاه ابن المنذر . ورويت عن عمر ، وعثمان ، وعلي ، وابن مسعود ، وحكيم بن حزام رضي الله تعالى عنهم ، ولم يعرف لهم مخالف . والحكمة تقتضيها ، لأن بالناس حاجة إليها ، فإن النقدين لا تنمي إلا بالتجارة ، وليس كل من يملكها يحسن التجارة ، ولا كل من يحسنها له مال ، فشرعت لدفع الحاجة .

والمضاربة (دفع مال) أي نقد مضروب خال من الغش الكثير ، وتقدم ، (وما في معناه) أي معنى الدفع ، بأن كان له عند إنسان نقد مضروب من نحو وديعة (معين معلوم قدره) ، فـ (لا) تصح على (صبرة نقد) لجهالتها ، (ولا) على (أحد كيسين في كل واحد منهما مال معلوم تساوي ما فيهما) أي الكيسين ، (أو اختلف) ما فيهما للإبهام ، وقوله : (إلى من يتجر فيه) أي المال متعلق بدفع ، وسواء كان المدفوع إليه واحداً أو أكثر ، ولذلك عبر بمن ، وقوله : (بجزء) مشاع (معلوم من ربحه) أي المال ، متعلق بيتجر ، فإن سمي له كل الربح أو دراهم ولو معلومة ، أو جزءاً مجهولاً كحظ أو قسط ، أو نصيب ، فسدت وتقدم ، وكذا لو جعل له جزءاً من نفس المال المدفوع (له) أي للعامل ، (أو لعبده) أي عبد العامل ، إذ المشروط للعبد لسيده ، (أو) شرط الجزء للعامل ، و(لأجنبي مع عمل منه) أي من الأجنبي بأن يقول : اعمل في هذا المال بثلث الربح لك ولزيد ، على أن يعمل معك ، لأنه في قوة قوله : اعملا في هذا المال بالثلث ، (ويسمى أيضاً) دفع المال على الوجه المذكور (قراضاً) ، وتقدم (ومعاملة) من العمل ، (وتنعقد) المضاربة (بما يؤدي معنى ذلك) أي معنى المضاربة والقراض من كل قول دل عليها ، لأن المقصود المعنى . فجاز بكل ما يدل عليه .

(وهي) أي المضاربة (أمانة ووكالة) لأنه متصرف لغيره بإذنه ، والمال تحت يده على وجه لا يختص بنفعه ، (فإن ربح) العامل في المال ، (فشركة) لاشتراكهما في

---

(١) سورة المزمل ، الآية : ٢٠ .

الربح ، (وإن فسدت) المضاربة (فإجارة) لأن العامل يأخذ أجرة عمله ، (وإن تعدى) العامل ما أمر به رب المال (فغصب) يرد المال وربحه ، ولا شيء له في نظير عمله كالغاصب .

(قال) ابن القيم (في الهدي) النبوي: (المضارب أمين، وأجير، ووكيل، وشريك، فأمين إذا قبض المال ، ووكيل إذا تصرف فيه) أي المال ، (وأجير فيما يباشره من العمل بنفسه) لأنه يعمل لغيره بعوض . وهو الجزء المسمى له من الربح ، وإن كانت المضاربة صحيحة ، ولعل مراده : أنه في حكم الأجير ، وإلا فتعريف الإجارة الآتي لا ينطبق عليه ، ولذلك لم يجعل المصنف قوله : « مقابلاً » لما قدمه من أنه أجير إذا فسدت (وشريك إذا ظهر فيه) أي المال (الربح) لما تقدم ، (ومن شرط صحتها) أي المضاربة (تقدير نصيب العامل) من الربح ، لأنه لا يستحقه إلا بالشرط ، (فإن قال) رب المال : (خذ هذا المال مضاربة ، ولم يذكر سهم العامل) لم تصح ، (أو قال) : خذ هذا المال مضاربة ، (ولك جزء) ، أو حظ، أو نصيب (من الربح ، فـ) المضاربة فاسدة ، لجهالة نصيب العامل ، و(الربح كله لرب المال) لأنه نماء ماله ، (والوضيعة عليه) أي على رب المال وحده ، لأن العامل أمين ، (وللعامل أجر مثله) وإن لم يحصل ربح لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، (وتكفي مباشرته) أي العمل قبولاً ، (فلا يعتبر نطق) العامل بالقبول كالوكالة ، (فإن قال) رب المال : (خذه فاتجر فيه والربح كله لي ، فـ) هو (إبضاع) أي يصير جميع الربح لرب المال (لا حق للعامل فيه) فيصير وكيلاً متبرعاً ، لأنه قرن به حكم الإبضاع ، فلو قال مع ذلك : وعليك ضمانه ، لم يضمنه ، لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة ، ما لم يتعد أو يفرط ، فلا يزول ذلك بشرطه ، (وإن قال) : خذه فاتجر به ، و(الربح كله لك ، فـ) المال المدفوع (قرض) لإقراض ، لأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه ، فانصرف إليه ، كالتمليك والربح كله للعامل (لا حق لرب المال فيه) أي الربح ، وإنما يرجع بمثل ما دفعه ، (وليسا) أي الإبضاع والقرض (بشركة) ولا مضاربة ، لعدم تحقق معناها فيهما (فإن زاد) رب المال (مع قوله : والربح كله لك : ولا ضمان عليك ، فهو قرض شرط فيه نفي الضمان ، فلا ينتفي) لأنه شرط فاسد لمنافاته مقتضى العقد ، (وإن قال) رب المال : اتجر به ، و(الربح بيننا ، فـ) الربح (بينهما نصفين) لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة ، ولم يترجح فيها أحدهما على الآخر ، فاقتضى التسوية ، كهذه الدار بيني وبينك ، (وإن قال) رب المال : (خذه مضاربة والربح كله لك) فسدت ، (أو قال) خذه مضاربة ، (والربح كله لي ، فسدت) المضاربة ، لأنها تقتضي كون الربح بينهما ،

فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح ، فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ، ففسد ، كما لو شرط الربح في شركة العنان لأحدهما ، ويفارق إذا لم يقل مضاربة ، لأن اللفظ يصلح لما ثبت حكمه من الإبضاع والقرض ، وينفذ تصرف العامل ، لأن الإذن باق ، (وله) أي العامل (أجرة المثل في الأولى) وهي قوله : خذه مضاربة والربح كله لك ، لأنه عمل على عوض لم يسلم له ، (ولا شيء له) أي للعامل (في الثانية) وهي قوله : خذه مضاربة والربح كله لي ، لأنه تبرع بعمله ، (وإن قال) : خذه مضاربة و(لك) ثلث الربح ، صح ، والمسكوت عنه حينئذ لرب المال ، (أو) قال : خذه مضارب ، و(لي ثلث الربح ، ولم يذكر نصيب الآخر صح) القراض ، (والباقي) من الربح (للآخر) المسكوت عنه ، لأن الربح لهما ، فإذا قدر نصيب أحدهما منه ، فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ ، كما علم أن ثلثي الميراث للأب من قوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ (١) .

(وإن أتى معه) أي مع الجزء المسمى (بربع عشر الباقي ونحوه) كربع خمس جزء من سبعة عشر (صح) لأن جهالته تزول بالحساب ، (وإن قال) رب المال : خذه مضاربة (لي النصف، ولك الثلث، وسكت عن) السدس (الباقي ، صح ، وكان) (لرب المال) لأنه يستحق الربح بماله ، لكونه نماءه وفرعه . والعامل يأخذ بالشرط ، فما شرط له استحقه ، وما بقي فلرب المال بحكم الأصل ، (وإن قال) رب المال : (خذه مضاربة على الثلث ، أو قال) خذه مضاربة (بالثلث ، أو على الثلثين أو بالثلثين ونحوه) كقوله : خذه مضاربة بالربع ، أو على خمسين ونحوه (صح) ذلك ، (وكان تقدير النصيب للعامل) لأن حصته إنما تتقدر بالشرط ، بخلاف رب المال ، فإنه يستحق الربح بماله ، (وإن اختلفا) أي رب المال والعامل (لمن الجزء المشروط ، فـ) هو (للعامل ، قليلاً كان) الجزء المشروط ، (أو كثيراً) لأنه يستحقه بالعمل ، وهو يقل ويكثر ، وإنما تتقدر حصته بالشرط ، بخلاف رب المال ، فإنه يستحق الربح بماله ، ويحلف مدعيه ، لأنه يحتمل خلاف ما قاله ، فيجب لنفي الاحتمال ، وإن اختلفا في قدر الجزء بعد الربح ، فقال العامل : شرطت لي النصف ، وقال المالك : الثلث . قدم قوله ، لأنه منكر للزيادة ، فإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة العامل ، ذكره في المبدع، (وإن قال رب المال) خذه مضاربة ، ولك ثلث الربح ، وثلث ما بقي ، صح ، وله) أي العامل (خمسة أتساع الربح) لأن مخرج الثالث وثلث الباقي تسعة ، وثلثها ثلاثة ،

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ .

وثلث ما بقي اثنان ، ونسبتها إلى التسعة ما ذكر ، (وإن قال : خذه مضاربة ولك ثلث الربح وربع ما بقي ، فله النصف) لأن مخرج الثلث وربع الباقي من ستة ، وثلثها اثنان وربع الباقي واحد ، والثلاثة نصف الستة .

(وإن قال) : خذه مضاربة ، و(لك ربع الربح وربع ما بقي ، فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن) لأن مخرج الربع وربع الباقي من ستة عشر ، وربعها أربعة ، وربع الباقي ثلاثة ، والتسعة نسبتها إلى الستة عشر ما ذكر ، (وسواء عرفا) أي المتقارضان (الحساب أو جهلاه) لأن إزالته ممكنة بالرجوع إلى غيرهما ، ممن يعرف الحساب ، (ويجوز أن يدفع) واحد (إلى اثنين مضاربة في عقد واحد) كما يجوز في عقدين ، (فإن شرط) رب المال (لهما جزءاً) معلوماً (من الربح بينهما نصفين ، صح قليلاً كان أو كثيراً ، (وإن قال) رب المال : (لكما كذا وكذا) كالنصف أو الثلث (من الربح ، ولم يبين كيف هو ؟) أي كيفية قسمته بينهما من تساو أو تفاضل ، (فهو) أي الجزء المشروط (بينهما نصفين) لأن مطلق الإضافة يقتضي التسوية ، (وإن شرط) رب المال (لأحدهما) أي أحد العاملين (ثلث الربح ، و) شرط (للآخر ربعه) أي الربح ، (والباقي له) أي لرب المال (جاز) ذلك ، وكان الربح على ما شرطوا ، لأن الحق لا يعدوهم ، فجاز ما ترضوا عليه ، (وإن قارض اثنان واحد بألف لهما جاز) كما لو قارضه كل منهما منفرداً بخمسائة ، (فإن شرطا) أي صاحبا المال (له) أي للعامل في مالهما (ربحاً متساوياً منهما) بأن شرط له كل منهما نصف الربح أو ثلثه (جاز ، وكذلك إن) شرطاه متفاضلاً ، بأن (شرط أحدهما له النصف ، و) شرط (الآخر) له (الثلث) كما لو انفرد كل منهما بعقده ، لأن العقد يتعدد بتعدد العاقد ، (ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما له) أي لصاحب ذلك المال ، لأنه نماء ماله ، (وإن شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز) لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، وكل منهما لا حق له في مال الآخر ، ولا عمل له فيه ، فلا يستحق من ربحه شيئاً ، (وإذا شرطا) أي المتقارضان (جزءاً) معلوماً (من الربح لغير العامل ، فإن كان) شرط (لعبد أحدهما، أو) كان شرط (لعبديهما ، صح ، وكان) في الحقيقة (مشروطاً لسيده) ، لأن العبد لا يملك ، وماله لسيده ، (وإن جعلاه) أي جعل المتقارضان الربح (بينهما وبين عبد أحدهما أثلاثاً ، فلصاحب العبد الثلثان) أي الثلث المشروط له والثلث المشروط لعبده ، (وللآخر الثلث) لأنه الذي شرط له ، (وإن شرطاه) أي شرط المتقارضان الجزء من الربح (لأجنبي ، أو لولد أحدهما) كبيراً كان أو صغيراً ، (أو امرأته، أو قريبه) كأبيه وأخيه ، (وشرطا عليه) أي على المشروط له الجزء (عملاً مع العامل ، صح) الشرط

(وكانا عاملين) بمنزلة ما لو قال : اعملا في هذا المال ، ولكل منكما كذا ، (وإن لم يشرطا عليه) أي على المشروط له الجزء غير عبد أحدهما (عملاً) مع العامل (لم تصح المضاربة) لأنه شرط فاسد يعود إلى الربح ، ففسد به العقد ، كما لو شرطا دراهم معلومة ، (وكذلك حكم المساقاة والمزارعة في) جميع (ما تقدم) في المضاربة قياساً عليها ، لأن العامل في كل منها إنما يستحق بالعمل ، (وحكم المضاربة : حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله) من البيع والشراء ، أو القبض والإقباض وغيرها ، (أو لا يفعله) كالقرض وكتابة الرقيق وتزويجه ونحوه ، (و) في (ما يلزمه فعله) كنشر الثوب وطيه، وختم الكيس والإحراز ونحوه ، (وفي الشروط) صحيحة كانت أو فاسدة ، مفسدة أو غير مفسدة ، (لأن) كل (ما جاز في إحداهما جاز في الأخرى) لاشتراكهما في التصرف بالإذن ، (وكذا المنع) أي ما امتنع في إحداهما امتنع في الأخرى ، (وإن فسدت) المضاربة ، (فالربح لرب المال) لأنه نماء ماله ، والعامل إنما يستحق بالشرط ، فإذا فسدت فسد الشرط ، فلم يستحق شيئاً ، (وللعامل) إذا فسدت (أجرة مثله ، خسر المال أو ربح) لأن عمله إنما كان في مقابلة المسمى ، فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه ، وذلك متعذر ، فوجب له أجرة المثل ، (وما تصرفه) العامل في المضاربة الفاسدة من التصرفات (نافذ) لإذن رب المال له في التصرف ، (ولو لم يعمل العامل) في المضاربة (شيئاً إلا أنه صرف الذهب بالورق فارتفع الصرف استحق العامل حصته) من الربح ، لأنه مقتضى ذلك العقد الصحيح ، (ولا ضمان عليه) أي العامل (فيها) أي في المضاربة الفاسدة لما تقدم من أن ما لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ، ولو قدم ذلك على مسئلة الصرف لكان أنسب ، وحمل كلامه هنا على المضاربة الصحيحة ممكن ، لكنه يأتي في كلامه ، (ويصح تعليقها) أي المضاربة ولو على شرط مستقبل ، كإذا جاء رأس الشهر فضارب بهذا على كذا ، لأنه إذن في التصرف فجاز تعليقه كالوكالة (والمنصوص) عن الإمام ، (و) يصح (بع هذا) العرض ، (وما حصل من ثمنه فقد ضاربتك به) لأنه وكيل في بيع العرض ، فإذا باعه صار الثمن في يده أمانة ، أشبه ما لو كان المال عنده وديعة .

(ويصح تأقيتها) أي المضاربة بـ (أن يقول) رب المال : (ضاربتك على هذه الدراهم) أو الدنانير (سنة ، فإذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتر) لأنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع ، فجاز توقيته بالزمان كالوكالة ، (ولو قال) رب المال : ضارب بهذا المال شهراً ، (ومتى مضى الأجل فهو) أي مال المضاربة (قرض) صح ذلك ، (فـ) إن (مضى) الأجل ، (وهو) أي المال (ناض صار) المال (قرضاً ، وإن مضى)

الأجل (وهو متاع) فعلى العامل تنضيضه ، (فإذا باعه) ونضضه (صار قرضاً) لأنه قد يكون لرب المال فيه غرض نص عليه في رواية مهنا ، (وإن قال) رب عرض : (بع هذا العرض وضارب بثمنه) صح لما تقدم ، (أو) قال رب وديعة : (اقبض وديعتي) من زيد أو منك وضارب بها ، (أو) قال رب دين : اقبض (ديني) من فلان (وضارب به) صح ، لأنه وكله في قبضِ الدين أو الوديعة ، وعلق المضاربة على القبض وتعليقها صحيح ، (أو) قال : ضارب (بعين مالي الذي غصبته مني ، صح) ذلك ، لأنه في معنى الدفع ، (وزال ضمان الغصب) بمجرد عقد المضاربة ، وصار المال أمانة بيده ، لإذن ربه في بقائه بيده ، (ويصح قوله) أي قول رب وديعة ونحوها (إذا قدم الحاجة فضارب بوديعتي أو غيرها) لأن تعليق المضاربة صحيح ، لما تقدم ، (وإن قال) رب دين : (ضارب بالدين الذي عليك) لم تصح ، لعدم حضور المال ، ولأن المال الذي في يده المدين له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ، ولم يقبضه ، (أو) قال : ضارب (بديني الذي على زيد فاقبضه لم يصح) ذلك لأنه عقد على ما لا يملكه ، لأنه لا يملك ما في يد مدين إلا بقبضه ، ولم يوجد ، بخلاف اقبض ديني وضارب به ، فيصح وتقدم قريباً ، (أو قال) رب مال : (هو) أي هذا المال (قرض عليك شهراً) أو نحوه ، (ثم هو مضاربة ، لم يصح) ذلك ، لأنه إذا صار قرضاً ملكه المقترض ، فلم يصح عقد المضاربة عليه ، وهو في ذمته ، لعدم ملك رب الدين له إذن ، فإن اشترى في هذه الصور بالدين شيئاً للمضاربة فهو للمشتري ، وربحه له وخسرانه عليه ، (وإن أخرج) إنسان (مالاً) تصح المضاربة عليه (يعمل فيه هو) أي مالكه ، (وآخر ، والربح بينهما صح ، وكان مضاربة) لأن غير صاحب المال يستحق المشروط بعمله من الربح في مال غيره ، وهذا حقيقة المضاربة ، (وكذا مساقاة ومزارعة) إذا عمل المالك مع العامل ، وسمي للعامل جزءاً معلوماً فيصحان كالمضاربة ، (وإن شرط فيهن) أي في المضاربة والمساقاة والمزارعة (عمل المالك) مع العامل ، (أو) عمل (غلامه معه) أي مع العامل (صح) العقد والشرط ، (كـ) اشتراط العامل فيهن (بهيمته) أي بهيمة المالك يحمل عليها ، (ولا يضر) أي لا يفسد المضاربة ، والمساقاة ، والمزارعة (عمل المالك) مع العامل (بلا شرط) نص عليه ، وإنما تظهر فائدته على القول بأن إشتراط عمله يفسدها، والمقدم خلافه .

« تتمة » : نقل أبو طالب فيمن أعطى رجلاً مضاربة على أن يخرج إلى الموصل فيوجه إليه بطعام فيبيعه ، ثم يشتري به ويوجه إليه إلى الموصل . قال : لا بأس إذا كانوا تراضوا على الربح ، (وإن باع المضارب بدون ثمن المثل) أو اشترى بأكثر منه صح ،

و(ضمن كوكيل) وتقدم ، (وله) أي المضارب (أن يشتري المعيب إذا رأى فيه مصلحة، بخلاف وكيل) لأن القصد في المضاربة الربح ، وهو قد يحصل بشراء المعيب، بخلاف الوكالة ، فإن الغرض تحصيل ما وكل فيه ، وإطلاقه يقتضي السلامة .



فصل

وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال بغير إذنه ، لأن فيه ضرراً ولاحظ للتجارة فيه ، إذ هي معقودة للربح حقيقة أو مظنة ، وهما منتفيان هنا ، (فإن فعل) أي اشترى من يعتق على رب المال (صح) الشراء ، لأنه مال متقوم قابل المعقود ، فصح كما لو اشترى من علق رب المال عتقه بملكه ، (وعتق) أي على رب المال ، لأنه ملكه ، وذلك موجب عتقه ، (وضمن) العامل (ثمنه) سواء (علم) بأنه يعتق على رب المال ، (أو لم يعلم) لأن الإتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل . وقال أبو بكر : إن لم يعلم لم يضمن ، لأنه معذور ، (وإن اشتراه) العامل (بإذنه) أي إذن رب المال (صح) الشراء (أيضاً) لأنه يصح شراؤه بنفسه ، فكذا نائبه ، ولا ضمان عليه ، لأن رب المال هو الإذن في إتلافه ، (وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه فيهما) أى فيما إذا اشتراه بغير إذنه ، وفيما إذا اشتراه بإذنه كتلفه ، (وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه) أي من الربح لأنه استحقه بالعقد والعمل ، ولم يوجد ما يسقطه ، (وإن اشترى) العامل (امرأة رب المال) صح ، (أو كان ربه) أي المال (امرأة ، فاشترى) عاملها (زوجها، أو) اشترى (بعضهما صح ، ولو كان) الشراء (بعين المال) لأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه أشبه ما لو اشترى أجنبية أو أجنبياً ، (وانفسخ النكاح فيهما) أي فيما إذا اشترى امرأة رب المال أو بعضها ، أو اشترى زوج ربة المال أو بعضه، لما يأتي من أنه متى ملك أحد الزوجين الآخر أو بعضه انفسخ النكاح ، (ولا ضمان على العامل فيما يفوت) المرأة (من المهر) إذا فسد نكاحها بشراء زوجها ، (و) لا فيما (يسقط من النفقة) لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة ، ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال ، وإذا اشترى زوجة رب المال وانفسخ النكاح ، وكان قبل الدخول وجب على الزوج نصف الصداق ، ورجع به على عامله ، لأنه سبب تقريره عليه ، كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، ذكره في المغني والشرح وشرح المنتهى ، (وإن اشترى) العامل (من يعتق على نفسه) كأبيه وأخيه ، (ولم يظهر ربح لم يعتق) لأنه لا يملكه ، وإنما هو ملك رب المال ، (وإن ظهر ربح عتق عليه) أي المضارب (قدر حصته وسرى) العتق (إلى باقيه إن كان) المضارب (موسراً) بقيمة باقيه ، لأنه ملكه

بفعله فعتق عليه ، أشبه ما لو اشتراه بماله ، وإن اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة ، فهو كما لو كان ظاهراً ، (وغرم) المضارب (قيمته) أي قيمة من عتق عليه للمضاربة ، (وإن كان) المضارب (معسراً لم يعتق منه إلا ما ملكه) ولا سراية ، وإن أيسر بالبعض فقط عتق قدر ما هو موسر به ، وغرم قيمة ما عتق ، (وليس له) أي المضارب (الشراء من مال المضاربة إن ظهر) في المضاربة (ربح) لأنه شريك لرب المال فيه ، (وإلا) بأن لم يظهر ربح صح (كشراء الوكيل من موكله) فيشتري من رب المال أو من نفسه بإذن رب المال ، (وليس له) أي المضارب (وطء أمَة المضاربة ولو ظهر ربح) كالأمَة المشتركة ، (فإن فعل) أي وطيء المضارب أمَة المضاربة ، (فعليه المهر) إن لم يكن الوطء بإذن رب المال ، (و) عليه (التعزير) نص عليه ، (ولا حد، ولو لم يظهر ربح) لأن ظهور الربح ينبني على التقويم ، والتقويم غير متحقق ، لأنه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به ، فيكون ذلك شبهة في درء الحد ، (وإن علقت منه) أي المضارب ، (ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق) ملك لرب المال ، لأنه لا ملك له ، (فالولد حر ، وتصير) الأمَة (أم ولد له) أي المضارب ، (وعليه قيمتها) يوم إحبالها ، كالأمَة المشتركة إذا أحبلها أحد الشريكين ولا مهر عليه ولا فداء للولد كما يأتي في الأمَة المشتركة ، (وليس لرب المال وطء الأمَة) من مال المضاربة (أيضاً ولو عدم الربح) لأنه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف ، (فإن فعل) أي وطيء رب المال أمَة المضاربة (فلا حد عليه) بذلك لأنها ملكه ، (وإن أحبلها صارت أم ولد له وولده حر ، وتخرج من المضاربة) لأن أم الولد لا يصح بيعها ، وتحسب عليه قيمتها ، ويضاف إليها بقية المال ، فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه ، (وليس له) أي المضارب (أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول) بلا إذنه ، ككون المال الثاني كثيراً فيستوعب زمانه فيشغله عن تجارة الأول (فإن فعل) أي ضارب لآخر مع تضرر الأول (حَرم ، ورد نصيبه من الربح في شركة الأول) نص عليه ، لأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول ، فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع إلى رب ما لها منه نصيبه ، لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى فيقتسمانه .

وقال في المغني والشرح : النظر يقتضي أن رب المضاربة الأولى لا يستحق من ربح الثانية شيئاً ، لأنه إنما يستحق بمال أو عمل ، وهما منتفيان ، وتعدى المضارب بترك العمل واشتغاله عن المال الأول لا يوجب عوضاً ، كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه

أو أجر نفسه ، (وإن لم يكن فيه) أي في ضرابه لثان (ضرر على الأول ، ولم يكن) الأول (اشترط للعامل نفقة أو كان) ضرابه للثاني (بإذنه) أي الأول (جاز) مطلقاً لانتفاء الضرر في الأولى والإذن في الثانية ، (وامتنع الرد) أي رد نصيب العامل من المضاربة الثانية في الأولى ، بل نصيبه له وحده ، وإن كان رب الأولى اشترط للعامل النفقة لم يأخذ لغيره مضاربة ، وإن لم يتضرر ، نص عليه ، قاله في الفائق وقدمه في الشرح ، وحمله الموفق على الاستحباب ، (وإن أخذ) إنسان (من رجل مضاربة ثم أخذ) المضارب (من آخر بضاعة ، أو عمل في مال نفسه واتجر فيه ، فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له) لا حق لرب المضاربة فيه ، لأنه لا عمل منه ولا مال (وإن دفع) رب المال (إليه) أي إلى المضارب (ألفين في وقتين لم يخلطهما) بغير إذن رب المال ، لأنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين ، فلا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر ، كما لو نهاه عن ذلك ، (فإن أذن) رب المال (له) أي المضارب في الخلط (قبل تصرف) المضارب (في) المال (الأول) جاز ، (أو) أذنه في الخلط (بعده) أي التصرف ، (وقد نص) الأول (جاز ، وصار) المال كله (مضاربة واحدة) كما لو دفعه إليه دفعة واحدة ، (وإلا) بأن تصرف في الأول ولم ينضه ، وأذنه في الخلط (فلا) يجوز الخلط ، لأن حكم العقد الأول استقر ، فكان ربحه وخسرانه مختصاً به ، فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد ، (وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه لأنه) أي مال المضاربة (ملكه ، وكشراء الموكل من وكيله ، وكذلك شراء السيد من عبده المأذون) له في التجارة ، ولو استغرقه الديون ، لأن ملك السيد لم يزل عنه ، واستحقاق انتزاع ما في يده لا يوجب زوال الملك كالمفلس ، بخلاف شرائه من مكاتبه ، لأن السيد لا يملك ما في يد المكاتب ولا تجب عليه زكاته ، (فإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح) لأنه ملك لغيره ، فصح شراؤه كالأجنبي ، إلا أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة ، (وإن اشترى) أحد الشريكين (الجميع) أي جميع مال الشركة (لم يصح) الشراء (في نصيبه) لأنه ملكه ، (وصح في نصيب شريكه) بناء على تفريق الصفقة ، (وليس للمضارب نفقة) من مال المضاربة ، (ولو مع السفر) بمال المضاربة ، لأنه دخل على أن يستحق من الربح شيئاً ، فلا يستحق غيره ، إذ لو استحقها لأفضى إلى اختصاصه به ، حيث لم يربح سوى النفقة ، (إلا بشرط كوكيل) .

قال الشيخ تقي الدين : أو عادة ، (فإن شرطها) أي النفقة رب المال (له) أي المضارب (وقدرها فحسن) قطعاً للمنازعة ، (فإن لم يقدرها) أي النفقة ، (واختلفا)

أي تشاحا في قدر النفقة ، (فله نفقة مثله عرفاً ، من طعام وكسوة) كالزوجة ، لأن إطلاق النفقة يقتضي جميع ما هو ضروراته المعتادة ، فكان له النفقة والكسوة ، وهي إباحة ، فلا ينافي ما تقدم أن شرط دراهم معلومة يبطلها ، وتردد ابن نصر الله ، هل هي من رأس المال أو الربح ؟ قلت : بل الظاهر أنها من الربح ، (وإن كان معه) أي المضارب (مال لنفسه يتجر فيه ، أو) معه (مضاربة أخرى ، أو) معه (بضاعة لآخر، فالنفقة على قدر المالين) لأن النفقة للعمل في المال ، فكانت على قدر ما لكل فيه ، (إلا أن يكون رب المال قد شرط له) أي العامل (النفقة من ماله ، مع علمه بذلك) أي بما معه من مال نفسه ، أو مضاربة ، أو بضاعة لغيره ، (وإن لقيه) أي العالم (رب المال ببلد أذن له في سفره إليه ، وقد نص) المال (فأخذه) ربه منه ، (فلا نفقة لرجوعه) إلي البلد الذي سافر منه ، لأنه إنما استحق النفقة ما داما في القراض ، وقد زال، فزالت النفقة ، (وإن مات) العامل (لم يجب تكفينه) لأن القراض انقطع بموته، فانقطعت النفقة ، (وله) أي للعامل (التسري) أي شراء أَمَة من مال المضاربة ليطأها (بإذن) من رب المال ، (فإذا اشترى) المضارب لنفسه (جارية) من مال المضاربة بإذن ربه (ملكها ، وصار ثمنها قرضاً) في ذمته ، لأن رب المال قد أذن له في التسري ، والإذن فيه يستدعي الإذن في الوطء ، لأن البضع لا يباح إلا بملك أو نكاح ، ورب المال لم يوجد منه ما يدل على تبرعه بالثمن ، فوجب كونه قرضاً ، لأنه المتيقن ، (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال) .

قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه ، يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ، (فإن اشترى) المضارب (سلعتين ، فربح في إحداهما) وخسر في الأخرى ، (أو) ربح (في إحدى السفرتين وخسر في الأخرى جبرت الوضيعة من الربح كما يأتي) لأنه هو الفاضل عن رأس المال ، وما لم يفضل فليس بربح ، (والمضاربة بحالها) فلا تنفسخ في الوضيعة .

★ ★ ★

(فصل في تلف رأس المال)

وإن تلف رأس المال (أو) تلف (بعضه بعد تصرفه (أو تغيب) رأس المال (أو خسر) رأس المال (بسبب مرض) عبد التجارة أو دابتها ، (أو) خسر بسبب (تغير صفة) كعبد عمي ، أو حنطة ابتلت ، (أو نزل السعر بعد تصرفه) أي المضارب (فيه) أي في رأس المال (جبرت الوضيعة من ربح باقيه قبل قسمته ، ناضاً أو تنضيضه مع

المحاسبة) لأنها مضاربة واحدة ، فلا شيء للعامل إلا بعد كمال رأس المال ، (وإن تلف بعض رأس المال قبل تصرفه) أي العامل (فيه انفسخت فيه) أي التالف (المضاربة ، وكان رأس المال) هو (الباقي خاصة) لأنه مال هلك على جهته قبل التصرف ، أشبه التالف قبل القبض ، وفارق ما بعد التصرف، لأنه دار في التجارة ، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية للربح ، (وإن تلف المال) قبل التصرف ، (ثم اشترى) المضارب (سلعة في ذمته للمضاربة فهي) أي السلعة (له) أي للمضارب (وثمنها عليه) سواء (علم) المضارب (تلف المال قبل نقد الثمن أو جهله) لأنه اشتراها في ذمته ، وليست من المضاربة لانفساخها بالتلف ، فاختصت به ، ولو كانت للمضاربة لكان مستديناً على غيره ، والاستدانة على الغير بغير إذنه لا تجوز ، (إلا أن يجيزه رب المال) فيكون له كما تقدم فيمن اشترى لغيره سلعة في ذمته ولم يسمه ، (وإن تلف) مال المضاربة (بعد الشراء قبل نقد ثمنها) أي السلعة (بأن اشترى في الذمة) للمضاربة سلعة في ذمته ، ثم تلف مال المضاربة قبل إقباضه ، (أو تلف هو) أي مال المضاربة ، (والسلعة ، فالمضاربة) باقية (بحالها) لأن الموجب لفسخها هو التلف ، ولم يوجد حين الشراء ولا قبله ، (والثمن على رب المال) لأن حقوق العقد متعلقة به كالموكل ، (ويصير رأس الثمن دون التالف) لفواته ، (ولصاحب السلعة مطالبة كل منهما) أي من رب المال والعامل (بالثمن) لبقاء الإذن من رب المال ، والمال، ولمباشرة العامل، فإن غرمه رب المال لم يرجع على أحد ، لأن حقوق العقد متعلقة به ، (ويرجع به العامل) إن غرمه على رب المال ، لما تقدم ، (فلو كان) رأس (المال مائة فخسر عشرة ثم أخذ ربه عشرة لم ينقص رأس المال بالخسران ، لأنه قد يربح فيجبر الخسران) من الربح (لكنه) أي رأس المال (ينقص بما أخذه رب المال ، وهو العشرة وقسطها من الخسران ، وهو درهم وتسع) درهم ، (ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أتساع درهم ، فإن كان) رب المال (أخذ نصف التسعين الباقية) وهو خمسة وأربعون (بقي رأس المال خمسين) درهماً (لأنه) أي رب المال (أخذ نصف المال ، فسقط نصف الخسران وإن كان) رب المال (أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع) لأنه أخذ خمسة أتساع المال ، فسقط خمسة أتساع الخسران ، وهو خمسة وخمسة أتساع درهم يبقى ما ذكر ، (وكذلك) إذا ربح المال ، ثم أخذ رب المال بعضه) أي المال (كان ما أخذه) رب المال (من الربح ورأس المال ، فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها) رب المال ، (فقد أخذ سدسه فينقص المال) وهو مائة (سدسه : ستة عشر وثلثين وقسطها) من الربح (ثلاثة وثلث ، بقي رأس المال : ثلاثة وثمانين وثلثا) ، ولو كان أخذ ستين بقي

رأس خمسين ، لأنه أخذ نصف المال ، فبقي نصف المال ، وإن أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث ، لأنه أخذ ربع المال وسدسه ، فيبقى ثلثه وربعه ، وهو ما ذكرنا (ولو اشترى) العامل (عبدين بمائة فتلف أحدهما وباع) العامل (الآخر بخمسين ، فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين ، لأن رب المال أخذ نصف المال الموجود ، فسقط نصف الخسران ، وإن لم يتلف العبد وباعهما) أي العبدين العامل (بمائة وعشرين ، فأخذ رب المال ستين ، ثم خسر العامل فيما معه) من المال (عشرين، فله من الربح خمسه ، لأن سدس ما أخذه رب المال ربح) وسدسه عشرة (للعامل نصفه) خمسه إذا كانت المضاربة على أن الربح بينهما نصفين ، (وقد انفسخت المضاربة فيه) بأخذ رب المال له ، (فلا يجبر به خسران الباقي) لمفارقته إياه ، (وإن اقتسما) أي المتقارضان (العشرين الربح خاصة ، ثم خسر) المال (عشرين ، فعلى العامل رد ما أخذه ، وبقي رأس المال تسعين ، لأن العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال ، ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسرانه من ربحه ، وإن اقتسما الربح) لأنها مضاربة واحدة ، (وتحرم قسمته) أي الربح ، (والعقد باق ولا باتفاقهما) على قسمته، لأنه مع امتناع رب المال وقاية لرأس ماله ، لأنه لا يأمن الخسران ، فيجبره بالربح ، ومع امتناع العامل لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه، فلا يجبر واحد منهما.

(قال) الإمام (أحمد) : وقد سئل عن المضارب يربح ويضع مراراً : يرد الوضيعة على الربح (إلا أن يقبض رأس المال صاحبه ، ثم يرده إليه ، فيقول : اعمل به ثانية ، فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الأول) لأنه مضاربة ثانية . قال : فهذا ليس في نفسي منه شيء ، (وأما ما لا يدفع) إليه (فحتى يحتسبا حساباً كالقبض) ، كما قال ابن سيرين : (قيل : وكيف يكون حساباً كالقبض ؟ قال : يظهر المال ، يعني ينض ويجيء ، فيحتسبان عليه ، وإن شاء صاحبه قبضه ، قيل له) أي الإمام : (فيحتسبان على المتاع ؟ قال : لا يحتسبان إلا على الناض ، لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع . انتهى) ما رواه الأثرم عنه رحمه الله .

(وأما قبل ذلك) أي قبل قبض رب المال رأس ماله وتنضيضه مع المحاسبة ، (فالوضيعة) إذا حصلت (تحسب من الربح) لبقاء المضاربة ، (وكذلك لو طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، لم تجب إجابته ، لأنه) أي الممتنع (لا يأمن الخسران في الثاني) أي ثاني الحال ، فإن كان الممتنع المالك، فهو يجبر الخسران بالربح ، وإن كان العامل، فإنه لا يأمن أن يلزمه الرد في وقت لا يقدر عليه ، وتقدم ، (وإن اتفقا) أي المتقارضان (على قسمه) أي الربح ، (أو) على (قسم بعضه ، أو) اتفقا (على أن

يأخذ كل واحد منهما كل يوم قدراً معلوماً جاز) لأن الحق لهما لا يعدوهما ، (وإتلاف المالك للمال كقسمة) الربح ، (فيغرم حصة عامل) من الربح ، (كـ) ـما لو أتلفه (أجنبي) فإنه يغرم للعامل حصته ، ولرب المال رأس ماله وحصته ، وإن قتل قن المضاربة فلرب المال القصاص بشرطه ، وتبطل المضاربة فيه إذن ، لذهابه ، وله العفو على مال ، ويكون كبدل المبيع ، والزيادة على ثمنه ربح ، ومع ربح القود إليهما لاشتراكهما فيه ، (ومن الربح : مهر) وجب بوطء أَمَة من مال المضاربة أو بتزويجها باتفاقهما (وثمرة) ظهرت من شجر اشترى من مالها ، (وأجرة) وجبت بعقد على شيء من مال المضاربة أو بتعد عليه (وأرش عيب) وأرش جناية (ونتاج) نتجته بهيمتها ، (وإذا ظهر ربح) في المال (لم يكن له) أي العامل (أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال) لأن نصيبه مشاع ، وليس له أن يقاسم نفسه ، ولأن ملكه عليه غير مستقر ، ولأنه وقاية لرأس المال ولا يؤمن الخسران ، (ويملك العامل حصته من الربح بالظهور قبل القسمة ، كرب المال وكمساقاة) لأن هذا الجزء مملوك ، ولا بد له من مالك، ورب المال لا يملكه اتفاقاً ، فلزم أن يكون للمضارب ، ولأنه يملك المطالبة بالقسمة ، ولا يمتنع أن يملكه ، ويكون وقاية لرأس المال ، (ويستقر الملك فيها) أي ملك العامل في حصته (بالمقاسمة وبالمحاسبة التامة) لأنه قبل ذلك عرضة لأن يخرج عن يده؛ لجبران خسران، (وتقدم نص أحمد فيه قريباً، وإن طلب العالم البيع) أي بيع مال المضاربة (بع بقاء قراضه أو فسخه ، فأبى رب المال) البيع (أجبر) عليه رب المال (إن كان فيه) أي المال (ربح) لأن حق العامل في الربح لا يظهر إلا بالبيع ، فأجبر الممتنع على توفيته كسائر الحقوق، فإن لم يكن فيه ربح ظاهر لم يجبر المالك على البيع، لأن العامل لا حق له فيه ، وقد رضيه مالكه عرضاً ، (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضى رب المال أن يأخذ بماله من العرض فله ذلك ، فيقوم) العرض (عليه ويدفع حصة العامل) لأنه أسقط من العامل البيع ، وقد صدقه على الربح ، فلا يجبر على بيع ماله من غير حظ يكون للعامل في بيعه ، إن لم يكن حيلة على قطع ربح عامل ؛ كشرائه خزاً في الصيف ليربح في الشتاء ونحوه ، فيبقى حقه في ربحه ، (ثم إن ارتفع السعر بعد ذلك) أي بعد التقويم على المالك ودفعه حصة العامل ، (لم يطالبه العامل بشيء) كما لو ارتفع بعد بيعه لأجنبي ، (وإن لم يرض) رب المال (بأخذه) أي المال (من ذلك) العرض ، (وطلب البيع ، أو طلبه) أي البيع (ابتداء) من غير فسخ المضاربة فله ذلك ، ويلزم المضارب بيعه ، ولو لم يكن في المال ربح) وقبض ثمنه ، لأن عليه رد المال ناضاً كما أخذه ، (وإن نض) العامل (رأس المال جميعه) وطلب

رب المال أن ينض الباقي (لزم العامل أن ينض له الباقي) كرأس المال ، (وإن كان رأس المال دراهماً ، فصار دنانيراً وعكسه) بأن كان دنانيراً فصار دراهماً، (فكعرض) إن رضيه رب المال وإلا لزم العامل إعادته كما كان ، وكذا لو كان رأس المال صحاحاً فنضه قراضة أو مكسرة ، (وإن انفسخ) القراض (والمال دين لزم العامل تقاضيه ، سواء كان فيه ربح أو لم يكن) فيه ربح ، لأن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته ، والديون لا تجري مجرى الناض ، فلزمه أن ينضه ، ولا يقتصر في التقاضي على رأس المال .

(فإن اقتضى) العامل (منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه) أي الربح (لزم العامل تقاضيه أيضاً) لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته ، ووصول كل واحد منهما إلى حقه منه ، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه ، (ولا يلزم الوكيل تقاضي الدين) لأنه ليس مقتضى عقد الوكالة ، (وإن قارض) المريض (في المرض) المخوف ومات فيه ، (فالربح من رأس المال ، وإن زاد على تسمية المثل) أي ما يسمى لمثله ، (ولا يحتسب من ثلثه ، ويقدم به على سائر الغرماء) لأن ذلك لا يأخذه من ماله ، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ، ويحدث على ملك المضارب دون المالك ، بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه ، لأن الأجر يؤخذ من ماله ، (وإن ساقى) المريض (أو زارع في مرض موته) المخوف (حسب) الزائد (من الثلث) لأنه من عين المال ، بخلاف الربح في المضاربة ، (وإن مات المضارب فجأة أو لا) أي غير فجأة ، (ولم يعرف مال المضاربة لعدم تعيين العامل له) أي للمال ، (وجهل بقاؤه فهو دين في تركته) أي العامل (لصاحبه أسوة الغرماء) لأن الأصل بقاء المال في يد الميت ، واختلاطه بجملة التركة ، ولا سبيل إلى معرفة عينه ، فكان ديناً ، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق مالك المال ولا إلى إعطائه عيناً من التركة ، لاحتمال أن تكون غير عين ماله ، فلم يبق إلا تعلقه بالذمة، (وكذلك الوديعة) إذا مات الوديع وجهل بقاؤه ، (ومثله لو مات وصي وجهل بقاء مال موليه) فيكون ديناً في تركته .

قلت : وقياسه ناظر وقف وعامله إذا قبض للوقف شيئاً ومات وجهل بقاؤه . وقد وقعت مسئلة الناظر وأفتيت فيها باللزوم .

(وإذا مات أحد المتقارضين ، أو جن) جنوناً مطبقاً ، (أو توسوس) بحيث لا يحسن التصرف ، (أو حجر عليه لسفه انفسخ القراض) لأنه عقد جائز من الطرفين فبطل بذلك كالوكالة ، (فإن كان) الميت أو المجنون ونحوه (رب المال فأراد الوارث) الجائز التصرف (أو وليه) إن لم يكن الوارث جائز التصرف (إتمامه) أي القراض أي

البقاء عليه ، (والمال نض جاز ، ويكون رأس المال) الذي أعطاه الموروث ، (وحصته من الربح رأس مال ، وحصة العامل من الربح شركة له مشاع) وهذه الإشاعة لا تمنع صحة العقد ، لأن الشريك هو العامل ، وذلك لا يمنع التصرف ، (وإن كان المال عرضاً أرادوا) أي الوارث مع العامل (إتمامه) أي القراض لم يجز ، لأن القراض قد بطل بالموت .

وكلام (الإمام) أحمد في جوازه محمول على أنه يبيع ويشتري بإذن الورثة ، كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض ، (ذكره الموفق ، وللعامل بيع عروض ، واقتضاء ديون كفسخ والمالك حي ، (وإن كان) الميت أو المجنون ونحوه هو (العامل ، وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه) أي وارث العامل ، (أو) مع (وليه) إن لم يكن الوارث جائز التصرف ، (والمال ناض جاز) لعدم المانع ، (وإن كان) المال (عرضاً ، لم يجز) القراض عليه ، (ودفع) العرض (إلى الحاكم فيبيعه) ويقسم الربح على ما شرطا عند ابتداء المضاربة ، ولا يبيعه أحدهما بغير إذن الآخر ، لاشتراكهما فيه .



فصـــل

والعامل أمين في مال المضاربة ، لأنه متصرف فيه بإذن مالكه على وجه لا يختص بنفعه ، فكان أميناً كالوكيل ، وفارق المستعير ، لأنه يختص بنفع العارية (لا ضمان عليه فيما تلف) من مال المضاربة (بغير تعد ولا تفريط) كالوديع والمرتهن (القول قوله) أي العامل (في قدر رأس المال) لأن رب المال يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره. فلو جاء بألفين ، وقال : رأس المال ألف والربح ألف ، فقال رب المال : بل الألفان رأس المال ، فالقول قول العامل ، (و) في قدر (الربح) لأنه أمين ، (و) في (أنه ربح أو لم يربح ، وفيما يدعيه من هلاك وخسران) لأن تأمينه يقتضي ذلك . ومحل ذلك: إن لم تكن لرب المال بينة تشهد بخلاف ذلك ، وإن ادعى الهلاك بأمر ظاهر كلف بينة تشهد به ثم حلف أنه تلف به .

(و) القول قوله ، فـ (ما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض) لأن الاختلاف هنا في نية المشتري وهو أعلم بما نواه لا يطلع عليه أحد سواه ، ومثله وكيل وشريك عنان ووجوه ، (و) يقبل أيضاً قول العامل في نفي (ما يدعي عليه من خيانه أو جناية ، أو مخالفته شيئاً مما شرطه) رب المال (عليه) لأن الأصل عدم ذلك .

ولو كان المضارب يدفع إلى رب المال في كل وقت شيئاً معلوماً ، ثم طلب رب المال رأس ماله ، فقال المضارب : كل ما دفعت إليك من رأس المال ، ولم أكن أربح شيئاً ،

فقول المضارب في ذلك، نص عليه في رواية مهنا ، (ويقبل قوله) أي العامل (أنه) أي رب المال (لم ينهه عن بيعه نساء ، أو) أنه لم ينهه عن (الشراء بكذا) لأن الأصل معه ، (وتقدم في الوكالة ، وكذا لو اشترى) العامل (عبداً، فقال رب المال : كنت نهيتك عن شرائه فأنكر) العامل النهي ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه ، (والقول قول رب المال في رده) أي المال (إليه) أى إذا اختلفا في رد مال المضاربة ، فالقول قول رب المال بيمينه ، لأنه منكر ، والعامل قبض المال لنفع له فيه ، فلم يقبل قوله في رده كالمستعير ، (و) القول قول رب المال أيضاً (في الجزء المشروط للعامل بعد الربح) فلو قال : شرطت لي نصف الربح ، وقال المالك : بل ثلثه ، فالقول قول المالك ، لأنه ينكر السدس الزائد واشتراطه له ، والقول قول المنكر (كقبوله) أي قول المالك (في صفة خروجه) أي المال (عن يده) أي يد الآخذ ، (فلو أقام كل واحد منهما بينة بما قاله ، قدمت بينة العامل) لأن معها زيادة علم ، وهو ما يقتضي عدم ضمان المال ، ولأنه خارج ، (فلو دفع إليه ما لا يتجر به ثم اختلفا ، فقال رب المال : كان قراضاً) على النصف مثلاً ، (فربحه بيننا ، وقال العامل : كان قرضاً ، فربحه كله لي ، فالقول قول رب المال) لأن الأصل بقاء ملكه عليه ، (فيحلف) رب المال (ويقسم الربح بينهما) نصفين ، (وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا) أي البينتان وسقطتا ، (وقسم) الربح (بينهما نصفين) نص عليه في رواية مهنا . واقتصر عليه في المغني ، لأن الأصل بقاء ملك رب المال عليه ، وتبع الربح ، لكن قد اعترف بنصف الربح منه للعامل، فبقي الباقي على الأصل . والمذهب : تقدم بينة العامل ، كما قدمه أو لا ، (وإن قال رب المال : كان بضاعة) فربحه لي ، (وقال العامل : كان قراضاً) فربحه لنا، (أو) كان (قرضاً) فربحه لي (حلف كل منهما على إنكار ما ادعاه خصمه) لأن كلا منهما منكر لما ادعاه خصمه عليه . والقول قول المنكر ، (وكان للعامل أجرة) مثل (عمله لا غيره) والباقي لرب المال ، لأن نماء ماله تابع له ، (وإن خسر المال أو تلف) المال ، (فقال رب المال : كان قرضاً . وقال العامل : كان قراضاً أو بضاعة ، فقول رب المال) لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان ، (وإن قال العامل) في مال المضاربة : (ربحت ألفاً ثم خسرتها ، أو هلكت ، قبل قوله) : بيمينه، لأنه أمين ، (وإن قال : غلطت) في قولي (أو نسيت أو كذبت ، لم يقبل) قوله ، لأنه رجوع عن إقرار بحق لآدمي ، ولو خسر العامل واقترض ما تمم به رأس المال ليعرضه على ربه تاماً، فعرضه عليه ، وقال : هذا رأس مالك فأخذه ، فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره له ، ولا تقبل شهادة المقرض ، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً ، وليس له مطالبة

رب المال ، بل العامل ، (وإن دفع رجل إلى رجلين مالاً قراضاً على النصف) له والنصف لهما (فنض المال ، وهو) أي المال (ثلاثة آلاف ، فقال رب المال : رأس المال ألفان فصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل هو ألف ، فقول المنكر مع يمينه ، فإذا حلف أنه ألف فالربح ألفان ، ونصيبه منهما خمسمائة ، يبقى ألفان وخمسمائة ، يأخذ رب المال ألفين) لأن الآخر يصدقه (يبقى خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر ، يقتسمانها أثلاثاً ، لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها) لأن نصيب رب المال من الربح نصفه، ونصيب هذا العامل ربعه ، فيقسمن بينهما باقي الربح على ثلاثة ، وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما ، والتالف يحسب في المضاربة من الربح، (وإذا شرط المضارب النفقة ، ثم ادعى أنه أنفق من ماله ، وأراد الرجوع ، فله ذلك) أي الرجوع ، (ولم يعد رجوع المال إلى مالكه) لأنه أمين ، فكان القول قوله ، كالوصي إذا ادعى النفقة على اليتيم ، (ولو دفع عبده ، أو) دفع (دابته إلى من يعمل بها بجزء من الأجرة) جاز (أو) دفع (ثوباً إلى من (يخيطه ، أو) دفع (غزلاً) إلى من (ينسجه بجزء من ربحه) قال في المغني : وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصاناً ليبيعها وله نصف ربحها بحق عمله ، جاز ، نص عليه في رواية حرب .

وإن دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه ، جاز ، نص عليه ، (أو) دفع ثوباً إلى من يخيطه أو غزلاً إلى من ينسجه (بجزء منه) مشاع معلوم ، (جاز) لأن ذلك عين تنمى بالعمل عليها ، فصح العقد عليها ببعض نمائها ، كالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة ، وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد ، فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال ، وهذا بخلافه ، وعلى قياس ما سبق: لو دفع شبكته إلى صياد ليصيد بها ويكون بينهمنا نصفين ، قاله الموفق .

وقال ابن عقيل : لا يصح ، والصيد كله للصائد ، وعليه أجرة الشبكة ، (ومثله) أي ما ذكر (حصاد زرعه) بجزء مشاع منه (وطحن قمحه) بجزء مشاع منه ، (ورضاع رقيقه) بجزء مشاع منه ، (وبيع متاعه بجزء مشاع من ربحه ، واستيفاء مال بجزء منه ونحوه) كبناء دار ونجر باب ، وضرب حديد نحو إبر بجزء مشاع منها ، (وغزوه بدابته) أي فرسه (بجزء من السهم) الذي يعطي لها ، « وأل » فيه للجنس فيصدق بالسهمين إن كانت عربية ، (وهي) أي هذه المسئلة (مسئلة قفيز الطحان) ذكره في الإنصاف ، وما رواه الدارقطني عن النبي ﷺ : « أَنَّهُ نَهَى عَنْ عَسْبِ [1] الفَحْلِ وَقَفِيزِ

---

(١) عسب الفحل : ضرابه أو ماؤه .

الطَّحّانِ »[1] لا ينافي ذلك ، لأن المقدر هنا جزء مشاع ، بخلاف ما إذا قدر له قفيزاً ، فإنه لا يدري الباقي بعد القفيز كم هو ؟ فتكون المنفعة مجهولة ، أشار إليه في المغني ، وأنت خبير بأن الحقيق أن يسمى بمسئلة قفيز الطحان إذا سمى له قفيز لا جزء مشاع (لكن لو دفع إليه الثوب) ليخيطه أو ينسجه ، (ونحوه) كالقمح ليطحنه (بالثلث أو الربع ونحوه) كالخمس ، (وجعل) الدافع (له) أي للعامل (مع ذلك) الجزء المشاع (درهماً أو درهمين ونحوه) كأربعة دراهم (لم يصح) ذلك . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول : لا بأس بالثوب يدفع بالثلث أو الربع ، وسئل عن الرجل يعطى الثوب بالثلث ودرهم أو درهمين ؟ قال : أكرهه ، لأن هذا شيء لا يعرف ، والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً ، لحديث جابر : أن النبي ﷺ : « أعْطَى خَيْبَرَ عَلَى الشَّطْرِ »[2] ، قيل لأبي عبد الله : فإن كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهماً. قال : فليجعل له ثلثاً وعشر الثلث أو نصف عشر ، وما أشبهه ، (ولو دفع) إنسان (دابته ، أو) دفع (نحله لمن يقوم به بجزء من نمائه ، كدر ونسل وصوف وعسل ونحوه) كمسك وزباد ، (لم يصح) لحصول نمائه بغير عمل منه ، (وله) أي العامل (أجرة مثله) لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، (و) إن دفع ذلك (بجزء) مشاع معلوم (منه) أي من المدفوع (يجوز) إذا كان العقد على (مدة معلومة) كسنة ونحوها ، (ونماؤه) أي المدفوع (ملك لهما) على حسب ملكهما في الأصل ، لأنه نماء ملكها .



(فصل في القسم الثالث : شركة الوجوه)

(وهي أن يتشريا في ذمتيهما بجاهيهما شيئاً يشتركان في ربحه من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشترياه فهو بينهما نصفين أو ثلاثاً أو نحو ذلك) مما يتفقان عليه، سميت بذلك لأنهما يعاملان فيها بوجهها ، والجاه والوجه واحد ، يقال : فلان وجيه إذا كان ذا جاه ، وهي جائزة ، إذ معناها : وكالة وكل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن ، وكل ذلك صحيح ، لاشتمالها على مصلحة من غير مفسدة ، (فيكون الملك) فيما يشتريان (بينهما على ما شرطاه ، ويبيعان ذلك ، فما قسم الله من

---

(١) الحديث من رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، أخرجه البخاري في كتاب الإمارة ، باب عسب الفحل .

(٢) الحديث متفق عليه من رواية ابن عمر ، أخرجه البخاري في كتاب المزارعة ، باب المزارعة بالشطر ونحوه ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٩٩٩) .

الربح فهو بينهما) على ما شرطاه ، لقوله ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِم » [1] ، ولأن عقدها مبناه على الوكالة فيتقيد بما أذن فيه ، وسواء (عينا جنسه) أي ما يشتريان ، (أو قدره ، أو قيمته ، أو لا) لأن ذلك إنما يعتبر في الوكالة المفردة ، أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك ، بدليل المضاربة وشركة العنان ، فإن في ضمنهما توكيلاً ، ولا يعتبر فيهما شيء من هذا ، (فلو قال كل منهما للآخر : ما اشتريت من شيء فبيننا ، صح) لما تقدم ، (وما ربحا فهو بينهما على ما شرطاه) كشركة العنان وغيرها ، (وكل منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن) لأن مبناها على الوكالة والكفالة (والوضيعة على قدر ملكيهما فيه) أي فيما يشتريانه ، فعلى من يملك فيه الثلثين : ثلثا الوضيعة ، وعلى من يملك فيه الثلث : ثلثها ، سواء كانت لتلف أو بيع بنقصان ، وسواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن ، لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال ، وهو مختص بملاكه ، فوزع بينهما على قدر حصصهما ، (وهما) أي شريكا الوجوه (في التصرف) بنحو بيع وإقرار وخصومة (كشريكي العنان فيما يجب لهما وعليهما) وفيما يمتنع وسائر ما تقدم .

« **تتمة** » : إذا أقضى العامل بمال المضاربة دينه ثم اتجر بوجهه ، وأعطى رب المال نصف الربح ، فنقل صالح ، أما الرابح : فأرجو إذا كان متفضلاً عليه .



فصل في القسم الرابع : شركة الأبدان

أي شركة بالأبدان ، فحذفت الباء ثم أضيفت ، لأنهم بذلوا أبدانهم في الأعمال ، لتحصل المكاسب ، (وهي) ضربان :

أحدهما : (أن يشتركا) أي اثنان فأكثر (فيما يتقبلان بأبدانهما في ذممهما من العمل فهي شركة صحيحة) روى أبو طالب : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم ، وليس لهم مال ، مثل الصيادين والبقالين والحمالين ، وَقَدْ أشرك النبي ﷺ بَيْنَ عَمَّارٍ وَسَعْدٍ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، فَجَاءَ سَعْدٌ بأسِيرَيْنِ ، وَلَمْ يَجِيئَا بِشَيْءٍ » [2] ، والحديث رواه أبو داود والأثرم. وكان ذلك في غزوة بدر ، وكانت غنائمها لمن أخذها قبل أن يشرِّك الله تعالى بين الغانيمن ، ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَخَذَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ » [3] ، فكان ذلك من قبيل المباحات ، ولا يشترط لصحتها اتفاق الصنعة ، فتصح ، (ولو مع اختلاف

---

(1) سبق تخريجه في عدة مواضع .

(2) سبق تخريجه في كتاب الجهاد .

(3) سبق تخريجه في كتاب الجهاد .

الصنائع) كاشتراك حداد ونجار وخياط ، لأنهم اشتركوا في مكسب مباح ، فصح ، كما لو اتفقت الصنائع ، (وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ، ويلزمهما عمله) لأن مبنى هذه الشركة على الضمان ، فكأنها تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه ، (ويلزم غير العارف منهما) بذلك العمل (أن يقيم مقامه) في العمل ، ليحصل المقصود لكل من الشريكين والمستأجر ، (ولو قال أحدهما : أنا أتقبل وأنت تعمل ، صحت الشركة) جعلا لضمان المتقبل كالمال ، (ولكل منهما المطالبة بالأجرة) لعمل تقبله هو أو صاحبه ، (وللمستأجر دفعها إلى كل) واحد (منهما) ويبرأ (منها) أي الأجرة (الدافع) بالدفع لأحدهما ، لأن كل واحد منهما كالوكيل عن الآخر ، (وإن تلفت) الأجرة (في يد أحدهما من غير تفريط ، فهي من ضمانهما) تضيع عليهما ، لأن كل واحد منهما وكيل الآخر في المطالبة والقبض ، (وما يتلف) من الأعيان أو الأجرة (بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده ، على وجه يوجب الضمان عليه) كمنع أو جحود ، (فهو) أي التالف (عليه وحده) لانفراده بما يوجب الضمان ، (وإن أقر أحدهما بما في يده) من الأعيان (قبل) إقراره (عليه وعلى شريكه) لأن اليد له ، فيقبل إقراره بما فيها ، بخلاف إقراره بما في يد شريكه ، أو بدين عليه ، (ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه) أي على شريكه ، لأنه لا يدله على ذلك .

الضرب الثاني: ذكره بقوله: (ويصح) الاشتراك (في تملك المباحات من الاحتشاش، والاصطياد ، والتلصص على دار الحرب ، وسائر المباحات) لما تقدم من نص الإمام واحتجاجه ، و(كالاستئجار عليها) أي على المباحات ، (وإن مرض أحدهما) أي الشريكين (أو ترك العمل ولو بلا عذر ، فالكسب بينهما) على ما شرطاه ، لأن العمل مضمون عليهما ، وبضمانهما له وجبت الأجرة ، فتكون لهما ، ويكون العامل منهما عوناً لصاحبه في حصته ، ولا يمنع ذلك استحقاقه ، كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان بآخر ، (فإن طالبه) أي المريض (الصحيح) بأن يعمل) معه ، (أو) أن يقيم مقامه من يعمل) معه (لزمه ذلك) لأنهما دخلا على أن يعملا ، فإذا تعذر عمل أحدهما بنفسه لزمه أن يقيم مقامه ، توفية لما يقتضيه العقد ، (فإن امتنع) المريض ونحوه من أن يقيم مقامه ، (فللآخر الفسخ) أي فسخ الشركة ، بل له فسخها ، وإن لم يمتنع ، لأنها غير لازمة كما سبق ، (فإن اشتركا ليحملا على دابتيهما ما يتقبلان حمله في الذمة والأجرة بينهما ، صح) ذلك ، لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهما ، (ولهما أن يحملاه على أي ظهر كان) والشركة تنعقد على الضمان كشركة

الوجوه ، (وإن اشتركا في أجرة عين الدابتين) لم يصح ، (أو) اشتركا (في أجرة أنفسهما إجارة خاصة ، لم يصح) ذلك ، لأن المكتري استحق منفعة البهيمة التي استأجرها ، أو منفعة المؤجر نفسه ، ولهذا تنفسخ بموت المؤجر من بهيمة أو إنسان ، فلم يتأت ضمان فلم تصح الشركة ، لأن مبناها عليه ، (ولكل) واحد (منهما أجرة دابته ، و) أجرة (نفسه) لعدم صحة الشركة ، (فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل ، كان له) عليه (أجرة مثله) لأنه عمل طامعاً في عوض لم يسلم له ، (وإن اشترك اثنان لأحدهما آلة قصارة ، وللآخر بيت ، فاتفقا على أن يعملا) أي أن يقصرا ما يتقبلان عمله من الثياب (بآلة هذا في بيت هذا والكسب بينهما ، صح) ذلك ، لأن الشركة وقعت على عملهما، والعمل يستحق به الربح في الشركة ، والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء ، لأنهما يستعملان في العمل المشترك ، فصارا كالدابتين اللتين يحملان عليهما ما يتقبلان حمله في ذمتهما ، (فإن فسدت الشركة) لنحو جهالة ربح (قسم الحاصل بينهما على قدر أجر عملهما ، و) على قدر (أجرة الدار والدابة) لأن العوض قد أخذ في مقابلة تلك المنافع، فلزم توزيعه عليها بالمحاصة، كما لو أجروها بأجر واحد، (وإن كانت لأحدهما) أي الشريكين (آلة وليس للآخر شيء ، أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا) أي الشريكان (على أن يعملا بآلة أو) على أن يعملا (في البيت والأجرة بينهما) أنصافاً ، أو متفاضلة ، (جاز) لما ذكرنا فيما لو كان لأحدهما آلة والآخر بيت، (وإن دفع) إنسان (دابة إلى آخر ليعمل عليها ، وما رزق الله بينهما على ما شرطاه) من تساو أو تفاضل (صح ، وهو يشبه المساقاة والمزارعة ، وتقدم قريباً) في آخر المضاربة .

(ولو اشترك ثلاثة ، لواحد دابة ولآخر راوية وثالث يعمل) بالراوية على الدابة على أن ما رزقه الله فهو بينهم ، (أو اشترك أربعة ، لواحد دابة ولآخر رحي ولثالث دكان ورابع يعمل) الطحن بالدابة والرحي في الدكان ، وما رزقه الله فبينهم (ففاسدتان) لأنهما ليسا من قبيل الشركة ولا المضاربة، لأنه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض، ولا إجارة، لأنها تفتقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم ، ففسدتا ، (وللعامل الأجرة) لأنه هو المستأجر لحمل الماء والطحن ، (وعليه) أي العامل (لرفقته أجرة آلتهم) لأنه استعملها بعوض لم يسلم لهم ، فكان لهم أجرة المثل ، كسائر الإجارات الفاسدة ، (وقياس نصه) أي الإمام في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها وما رزقه الله بينهما (صحتها) أي مسئلة اشتراك الأربعة ، (واختاره الموفق وغيره) كالشارح وقدمه في الفروع والرعاية . (قال المنقح : وهو أظهر ، وصححه في الإنصاف) ، والأول اختيار القاضي

وأكثر الأصحاب ، (ومن استأجر من الأربعة ما ذكر) من الدابة والرحى والدكان والعامل (صح) العقد ، (و) تكون (الأجرة) بين الأربعة (بقدر القيمة) أي توزع عليهم على قدر أجر مثل الأعيان المؤجرة (كتوزيع المهر فيما إذا تزوج) الرجل (أربعاً) من النساء (بمهر واحد) كما يأتي في الصداق ، (وإن تقبل الأربعة) أي صاحب الدابة، وصاحب الرحى ، وصاحب الدكان والعامل (الطحن في ذممهم) بأن قال لهم إنسان : استأجرتكم لطحن هذا القمح بمائة فقبلوا ، (صح) العقد ، (و) تكون (الأجرة) بينهم (أرباعاً) لأن كل واحد منهم مؤجر لطحن ربعه بربع الأجرة ، (ويرجع كل واحد) من الأربعة (على رفقته) الثلاثة ، (لـ) أجل (تفاوت قدر العمل) منهم (بثلاثة أرباع أجر المثل) على كل واحد بالربع ، فلو كانت أجرة مثل الدابة أربعين والرحى ثلاثين والدكان عشرين وعمل العامل عشرة ، فإن رب الدابة يرجع على الثلاثة بثلاثة أرباع أجرتها ، وهي ثلاثون مع ربع أجرتها الذي لا يرجع به على أحد وهو عشرة ، فيكمل له أربعون ، ويرجع رب الرحى على الثلاثة باثنين وعشرين ونصف مع ما لا يرجع به ، وهو سبعة ونصف ، فيكمل له ثلاثون ، ويرجع رب الدكان بخمسة عشر مع ما لا يرجع به وهو خمسة ، فيكمل له عشرون ، ويرجع العامل بسبعة ونصف مع ما لا يرجع به ، وهو درهمان ونصف فيكمل له عشرة ، ومجموع ذلك مائة درهم ، وهي بالقدر الذي استؤجروا به ، وإنما لم يرجع بالربع الرابع ، لأن كل واحد منهم قد لزمه ربع الطحين بمقتضى الإجارة فلا يرجع بما لزمه على أحد ، ولو تولى أحدهما الإجارة لنفسه كانت الأجرة كلها له ، وعليه لكل واحد من رفقته أجرة ما كان من جهته ، (وإن قال إنسان لآخر : أجر عبدى أو) أجر (دابتي وأجرته بيننا) ففعل ، (فالأجرة كلها لربه) أي العبد أو الدابة ، لأنها في مقابلة نفعه ، (وللآخر أجرة مثله) فقط ، لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، (وتصح شركة شهود ، قاله الشيخ) وقال أيضاً : إن اشتركوا على أن ما حصله كل واحد منهم بينهم ، بحيث إذا كتب أحدهم وشهد شاركه الآخر ، وإن لم يعمل فهي شركة الأبدان ، تجوز حيث تجوز الوكالة ، وأما حيث لا تجوز ففيه وجهان ، كشركة الدلالين ، انتهى .

قلت : فمقتضى هذا لا تصح كما لا تصح شركة الدلالين . (وقال) الشيخ : (وللشاهد أن يقيم مقامه إن كان) الجعل (على عمل في الذمة ، وكذا إن كان الجعل على شهادته بعينه . انتهى . وموجب العقد المطلق) في شركة وجعالة وإجارة (التساوي في العمل والأجر) لأنه لأمر حج لواحد ، فيستحق الفضل ، (ولو عمل واحد) منهم (أكثر ولم يتبرع) بالزيادة (طالب بالزيادة) ليحصل التساوي ، (ولا تصح شركة

دلالين، لأن الشركة الشرعية لا تخرج عن الوكالة والضمان ، ولا وكالة هنا ، فإنه لا يمكن توكيل أحدهما) للآخر (على بيع مال الغير ، ولا ضمان ، فإنه لا دين يصير بذلك في ذمة واحد منهما ، ولا تقبل عمل ، فهي) أي شركة الدلالين ، (كأجر دابتك والأجرة بيننا) فلا تصح ، (وهذا في الدلالة التي فيها عقد ، كما دل عليه التعليل) المذكور . (قال الشيخ : فأما مجرد النداء والعرض) أي عرض المتاع للبيع ، (وإحضار الزبون فلا خلاف في جواز الاشتراك فيه . وقال : وليس لولي الأمر المنع بمقتضى مذهبه في شركة الأبدان ، والوجوه ، والمساقاة ، والمزارعة ، ونحوهما) وفي بعض النسخ : ونحوها ، أي نحو المذكورات من مسائل الخلاف (مما يسوغ فيه الاجتهاد انتهى) لأن فيه تضييقاً وحرجاً والاختلاف رحمة ، (وإن جمعا) أي اثنان فأكثر (بين شركة عنان ، وأبدان ، ووجوه ، ومضاربة ، صح) لأن كل واحدة منها تصح مفردة ، فصحت مجتمعة ، قال ابن منجا : وكما لو ضم ماء طهور إلى مثله .

★ ★ ★

القسم الخامس : شركة المفاوضة

والمفاوضة لغة : الاشتراك في كل شيء ، كالتفاوض ، (وهي قسمان :

أحدهما : أن يدخلا فيها الأكساب النادرة ، كوجدان لقطة ، أو) وجدان (ركاز، أو ما يحصل لهما) أي الشريكين (من ميراث، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب ، أو أرش جناية ونحو ذلك ، فـ) هذه شركة (فاسدة) لأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ، ولما فيه من كثرة الغرر ، لأنه قد يلزم فيه شيء لا قدرة للشريك على القيام به ، ولأنه تضمن ما لا يقتضيه العقد من كفالة وغيرها ، (ولكل منهما) أي الشريكين (ربح ماله ، و) له (أجرة عمله ، و) كذا (ما يستفيده له) وحده ، (ويختص بضمان ما غصبه أو جناه ، أو ضمنه عن الغير) لفساد الشركة ولكل نفس ما كسبت ، وعليها ما اكتسبت .

القسم (الثاني) من قسمي شركة المفاوضة : (تفويض كل منهما إلى صاحبه شراء ، وبيعاً ، ومضاربة ، وتوكيلاً ، وابتياعاً في الذمة ، ومسافرة بالمال وارتهاناً ، وضماناً) أي تقبل (ما يرى من الأعمال) كخياطة وحدادة ، (فـ) هي (صحيحة) وهي الجمع بين عنان ومضاربة ، ووجوه وأبدان ، وتقدم وجه صحتها ، (وكذا لو اشتركا في) كل (ما يثبت لهما ، أو) يثبت (عليهما إن لم يدخلا فيها كسباً نادراً) كميراث ووجدان لقطه ، (أو) يدخلا فيها (غرامة) من ضمان غصب ، أو أرش جناية ، أو مهر وطء ونحوها ، فإن أدخلا ذلك فهي الفاسدة ، وتقدمت .

باب المساقاة ، والمناصبة ، والمزارعة

جمعها في باب لاشتراكها في الأحكام (المساقاة) مفاعلة من السقي ، لأنه أمرها ، وكانت النخل بالحجاز تسقى نضحاً ، أي من الآبار ، فيعظم أمره وتكثر مشقته ، وهي (دفع أرض وشجر له ثمر مأكول) خرج به الصفصاف ، والحور ، والعفص ، ونحوه ، والورد ونحوه ، (لمن يغرسه) ويعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمرته أو منه ، وهي المناصبة ، وتأتي ، (أو) دفع شجر له ثمر مأكول (مغروس معلوم) بالمشاهدة (لمن يعمل عليه ، ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمرته) لا منه ، ولا بآصاع أو دراهم ويأتي ، فعلمت : أن المساقاة أعم من المناصبة (والمزارعة) مشتقة من الزرع ، وتسمى مخابرة من الخبار - بفتح الخاء - وهي الأرض اللينة ، ومؤاكرة ، والعامل فيها خبير ومؤاكر (دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه ، أو) دفع حب (مزروع) ينمي بالعمل (لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل) والأصل في جوازها السنة ، فمنها ما روى ابن عمر قال : « عَامَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرَ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » [1] متفق عليه .

وقال أبو جعفر محمد بن الحسين بن علي بن أبي طالب : « عَامَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَر بالشطْرِ ، ثُمَّ أَبُو بكرٍ ، ثُمَّ عُمَرُ ، ثُمَّ عُثْمَانُ ، ثُمَّ عَلِيٌّ ، ثُمَّ أَهْلُوهُمْ إلى اليَوْمِ يُعْطُونَ الثُّلُثَ أو الرُّبعَ » ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون ولم ينكر ، فكان كالإجماع، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، لأن كثيراً من الناس لا شجر لهم ، ويحتاجون إلى الثمر؛ وأهل الشجر يحتاجون إلى العمل ، ففي تجويزها دفع للحاجتين ، وتحصيل لمنفعة كل منهما ، فجاز كالمضاربة ، (ويعتبر كون عاقديهما) أي المساقاة والمزارعة (جائزي التصرف) لأن كلا منهما عقد معاوضة ، فاعتبر لها ذلك كالبيع ، (فتجوز المساقاة في كل شجر له ثمر مأكول) وإن لم يكن نخلاً ولا كرماً لما تقدم . لا يقال : ابن عمر رجع عما روى ، لقوله : « كُنَّا نُخَابِرُ أَرْبَعِينَ سَنَةً حَتَّى حَدَّثَنَا رَافِعُ بن خُدَيْج أَنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عَنِ المُخَابَرَةِ » [2] لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع ،

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب المزارعة ، باب المزارعة بالشطر ونحوه ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، راجع اللؤلؤ والمرجان، حديث (٩٩٩).

(٢) الحديث أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ٢/١٣٦ ، كتاب المزارعة ، الحديث (٧٤٧) ، =

لأنه ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ، ثم عمل به الخلفاء بعده ، ثم من بعدهم، فكيف يتصور نهيه ﷺ عن ذلك ، بل هو محمول على ما روى البخاري عنه قال : « كُنَّا نكْرِي الأَرْضَ بالنَّاحية منْهَا تُسَمَّى لسيِّد الأَرْضِ ، فَرُبَمَا يُصَابُ ذَلكَ وتَسْلَمُ الأَرْضُ ، وَرُبَّمَا تُصَابُ الأَرْضَ وَيَسْلَمُ ذَلكَ ، فَنُهِينَا ، فأَمَّا الذَّهَبُ وَالوَرِقُ فَلَمْ يكُنْ يَوْمَئذ »[1] ، وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد ، وهو مضطرب أيضاً.

قال الإمام : رافع يروي عنه في هذا ضروب ، كأنه يريد : أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، فعلى المذهب : لا تصح المساقاة على ما ليس له ثمر مأكول ، كالصفصاف ، والسرو ، والورد ونحوها ، لأنه ليس منصوصاً عليه ، ولا في معنى المنصوص عليه ، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة ، وهذا لا ثمرة له (وقال الموفق) والشارح : (تصح) المساقاة (على ماله ورق يقصد ، كتوت ، أو له زهر يقصد كورد ونحوه) كياسيمن ، إجراء للورق والزهر مجرى الثمرة ، (وعلى قياسه) أي قياس ما له ورق أو زهر يقصد (شجر له خشب كحور وصفصاف) لكن صرح الموفق والشارح : أنها لا تصح في الصنوبر والحور والصفصاف ونحوها بلا خلاف مع أن خشبه مقصود أيضاً ، فكيف يقاس على كلامهما ما صرحا بنفيه ، إلا أن يقال: القصد منها إلزامهما الحجة ، أي هذا لازم لكم مع أنكم لا تقولون به ، وقوله : (بجزء مشاع معلوم من ثمره) متعلق بقوله : فتجوز المساقاة ، (أو) من (ورقه ونحوه) كزهره على قول الموفق والشارح (بجعل) أي يسمى ذلك الجزء (للعامل) أو لرب الشجر ، فيكون ما عداه للعامل ، كما تقدم في المضاربة ، (ولو ساقاه على ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضراوات كالقطن) الذي يؤخذ مرة بعد أخرى ، (و) كـ (المقاثي) من نحو بطيخ وقثاء ، (و) كـ (الباذنجان ونحوه) لم تصح ، لأن ذلك ليس بشجر ، وتصح المزارعة عليه على مقتضى ما يأتي تفصيله ، (أو) ساقاه (على شجر لا ثمر له ، كالحور والصفصاف ، لم يصح على الأول) كما تقدم ، (وتصح) المساقاة (بلفظ مساقاة) لأنه لفظها الموضوع لها ، (و) بلفظ (معاملة ومفالحة ، واعمل بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وبكل لفظ يؤدي معناها) لأن القصد المعنى ، فإذا دل عليه

= وأخرجه مسلم في الصحيح بلفظ مقارب كتاب البيوع ، باب كراء الأرض، الحديث (١٥٤٧/١٠٦)، (١٥٤٧/١٠٧) ، وأقول : أن المزارعة والمخابرة متقاربتان ، وهما المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع ، راجع النووي ، شرح صحيح مسلم (١٩٣/١٠) .

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة ، باب ما يكره من الشروط في المزارعة ، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع ، باب كراء الأرض بالذهب والورق .

بأي لفظ كان صح كالبيع (وتقدم) في الوكالة (صفة القبول) وأنه يصح بما يدل عليه من قول وفعل ، فشروعه في العمل قبول ، (وتصح هي) أي المساقاة بلفظ إجارة ، (و) تصح (مزارعة بلفظ إجارة) فلو قال : استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط بنصف ثمرته أو زرعه صح ، لأن القصد المعنى ، وقد وجد ما يدل على المراد منه ، (وتصح إجارة أرض) معلومة مدة معلومة (بنقد) معلوم ، (و) بـ (عروض) معلومة ، وهو ظاهر .

(و) تصح إجارتها أيضاً (بجزء مشاع معلوم) كالنصف والثلث (مما يخرج منها) سواء كان طعاماً ، كالبر والشعير ، أو غيره كالقطن والكتان وهو إجارة حقيقة ، كما لو أجرها بنقد ، وقال أبو الخطاب ومن تبعه : هي مزارعة بلفظ الإجارة مجازاً ، (فإن لم يزرعها) أي المستأجر (في إجارة أو مزارعة) أي سواء قلنا : إنها إجارة أو مزارعة ، كما عبر به شارح المنتهى وغيره (نظر إلى معدل المغل) من إضافة الصفة إلى الموصوف، أي إلى المغل المعدل أي الموازن لما يخرج منها لو زرعت ، (فيجب القسط المسمى فيه) أي في العقد ، وإن فسدت فأجرة المثل ، (وتصح إجارتها) أي الأرض (بطعام معلوم من جنس الخارج منها) كما لو أجرها ليزرعها براً بقفيز بر ، فإن قال : مما يخرج منها ، فسدت صرَّح به المجد ، (و) تصح إجارتها أيضاً بطعام معلوم (من غير جنسه) أي الخارج منها، بأن أجرها بشعير لمن يزرعها براً ، (وتصح المساقاة على) شجر له (ثمرة موجودة لم تكمل) تنمى بالعمل ، (فـ) تصح المزارعة (على زرع نابت ينمى بالعمل) لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر فيه ، ففي الموجود مع قلة الغرر أولى ، (فإن بقي من العمل ما لا نزيد به الثمرة) أو الزرع (كالجذاذ ونحوه) كالحصاد (لم يصح) عقد المساقاة ولا المزارعة .

قال في المغني والمبدع : بغير خلاف ، (وإذا ساقاه على وَدْي نخل) أي صغاره ، (أو) ساقاه علي (صغار شجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة ، صح) العقد، لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل ، وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له جزء من ألف جزء ، (وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء) مشاع (معلوم من الثمرة أو من الشجر ، أو منهما ، وهي المغارسة والمناصبة ، صح) العقد ، نص عليه ، واحتج بحديث خيبر ، ولأن العمل وعوضه معلومان ، فصحت كالمساقاة على شجر موجود ، (إن كان الغرس من رب المال) يعني الأرض كالمزارعة .

(قال الشيخ : ولو كان) المغارس (ناظر وقف ، و) قال : (إنه لا يجوز للناظر

بعده بيع نصيب الوقف) من الشجر ، (بلا حاجة . انتهى) ومراده بالحاجة : ما يجوز معه بيع الوقف ، ويأتي مفصلاً، (فإن كان الغراس من العامل، فصاحب الأرض بالخيار بين قلعه ويضمن له نقصه ، وبين تركه في أرضه ويدفع إليه) أي العامل (قيمته) أي الغراس ، (كالمشتري إذا غرس في الأرض) التي اشتراها ، (ثم أخذه) أي الشقص المشفوع (الشفيع) بالشفعة كما يأتي ، (وإن اختار العامل قلع شجرة فله ذلك سواء بذل له) صاحب الأرض (القيمة أو لا) لأنه ملكه ، فلم يمنع تحويله ، (وإن اتفقا) أي صاحب الأرض والعامل (على إبقائه) أي الغراس في الأرض ، (ودفع أجرة الأرض جاز) لأن الحق لا يعدوهما . (وقيل : يصح كون الغراس من مساق ومناصب. قال المنقح : وعليه العمل) وقال في الإنصاف : حكمه حكم المزارعة ، اختاره المصنف أي الموفق ، والشارح وابن رزين وأبو محمد الجوزي ، والشيخ تقي الدين والحاوي الصغير ، وجزم به ابن رزين في نهايته ونظمها .

قلت : وهو أقوى دليلاً . انتهى .

(ولو دفع أرضه) لمن يغرسها (عل أن الأرض والغراس بينهما، فسد) قال في المغني: ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ، (كما لو دفع إليه الشجر المغروس) مساقاة (ليكون في الأصل والثمرة بينهما ، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما) فلا يصحان لما تقدم ، وكذا المضاربة ، (ولو عملا في شجر لهما، وهو) أي الشجر (بينهما نصفان وشرطا) أي الشريكان (التفاضل في الثمرة، بأن قالا : على أن لك الثلث ولي الثلثان ، (صح) ، لأن من شرط له الثلثان قد يكون أقوى على العمل وأعلم به ممن شرط له الثلث ، (ومن شرط صحة المساقاة : تقدير نصيب العامل بجزء) مشاع (من الثمرة ، كالثلث والربع) والخمس ، لما سبق من أنه ﷺ « عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » [1] .

(فلو جعل) رب شجر (للعامل جزءاً من مائة جزء) جاز ، (أو) جعل رب الشجر (الجزء) من مائة جزء (لنفسه والباقي للعامل ، جاز) ما تراضوا عليه ، لأن الحق لا يعدوهما (ما لم يكن) شرطهما لرب الشجر جزءاً من مائة جزء ، والباقي للعامل (حيلة) على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، فلا يصح ، (ويأتي قريباً) موضحاً (ولو جعل) رب الشجر (له) أي للعامل (آصاعاً معلومة) كعشرة، لم تصح، لأنه قد لا يخرج إلا ذلك ، فيختص به العامل ، (أو) جعل له (دراهم) ولو معلومة

---

(١) سبق تخريجه وهو من المتفق عليه .

لم تصح، لأنه قد لا يخرج من النماء ما يساوي تلك الدراهم ، (أو جعلها) أي الآصع المعلومة أو الدراهم (مع الجزء) المشاع (المعلوم) بأن ساقاه على الثلث وخمسة آصع أو خمسة دراهم (فسدت) المساقاة، لخروجها عن موضوعها ، (وكذلك) تفسد (إن شرط) رب الشجر (له) أي للعامل ثمر شجر بعينه (لأنه قد لا يحمل غيره ، أو لا يحمل بالكلية ، فيحصل الضرر والغرر ، (فإن جعل) رب الشجر (له) أي للعامل (ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها) أي الثمرة (فيها) أي السنة ، بأن ساقاه على سنة أربع بجزء من ثمرة سنة خمس ، لم تصح ، (أو) جعل له (ثمرة شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه) بأن قال له : اعمل في هذا البستان الشرقي بربع ثمر الغربي لم تصح ، (أو) شرط عليه (عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه) بأن ساقاه على بستان بنصف ثمره على أن يعمل له في بستان آخر ، (أو) شرط عليه (عملاً في غير السنة) بأن قال له : اعمل في هذا البستان سنة بنصف ثمره على أن تعمل فيه في السنة الآتية (فسد العقد) لأن هذا كله يخالف موضوع المساقاة ، إذ موضوعها: أنه العمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل ، (سواء جعل ذلك) الثمرة (كله حقه) أي العامل في نظير عمله ، (أو) جعله (بعضه) بأن سمي له النصف أو نحوه ، (أو) شرط (جميع العمل) على العامل ، (أو بعضه) بأن شرط أن يعمل نصف السنة أو نحو ذلك ، (وإذا كان في البستان شجر من أجناس ، كتين وزيتون وكرم ، فشرط) رب البستان (للعامل من كل جنس) من الشجر (قدراً) معلوماً (كنصف ثمر التين وثلث) ثمر (الزيتون وربع) ثمر (الكرم) صح (أو كان فيه) أي البستان (أنواع من جنس ، فشرط من كل نوع قدراً) معلوماً كنصف البرني ، وثلث الصيحاني ، وربع الإبراهيمي ، (وهما) أي رب البستان والعامل (يعرفان در كل نوع ، صح) العقد على ما شرطا ، لأن ذلك بمنزلة ثلاثة بساتين ، ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالثلث ونصفه هذا بالربع ، وهما متميزان، صح، لأنهما كبستانين ، (وإن كان البستان لاثنين فساقيا عاملاً واحداً ، على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منهما) من البستان (صح) العقد ، لأنه بمنزلة بستانين ساقاه كل واحد منهما على واحد بجزء مخالف للآخر ، (وكذا إن جهل) العامل (ما لكل واحد منهما) من البستان (إذا شرطا قدراً واحداً) كأن يقولا : اعمل في هذا البستان بالثلث ، لأن الثلث نصيب كل منهما بالغاً ما بلغ ، (كما قالا : بعناك دارنا هذه بألف ، ولم يعلم) المشتري (نصيب كل واحد منهما) فإنه يصح ، لأنه اشترى

الدار كلها منهما ، وهما يقتسمان الثمن على قدر ملكيهما ، (ولو ساقى واحد) على بستان له (اثنين ولو مع عدم التساوي بينهما في النصيب) بأن جعل لأحدهما السدس وللثاني الثلث ، صح (أو ساقاه) أي ساقى واحداً (على بستانه ثلاث سنين على أن في السنة الأولى النصف ، وفي) السنة (الثانية الثلث ، وفي) السنة (الثالثة الربع ، صح) لأن قدر الذي له في كل سنة معلوم ، فصح ، كما لو شرط له من كل نوع قدراً ، (ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم) للمالك والعامل (بالرؤية أو الصفة التي لا يختلف) الشجر (معها ، كالبيع) هكذا في المغنى، وشرح المنتهى وغيرهما ، والمراد كما يصح البيع بالوصف ، لما تقدم من أنه خاص بما يصح السلم فيه ، (فإن ساقاه على بستان لم يره ، ولم يوصف له ، أو على أحد هذين الحائطين لم تصح) المساقاة ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان ، فلم تجز على غير معين كالبيع ، (وتصح) المساقاة (على البعل) الذي يشرب بعروقه (كالسقي) الذي يحتاج لسقي ، لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك ، كدعائها إلى المعاملة في غيره ، فيقاس عليه ، وكذا الحكم في المزارعة .

★ ★ ★

(فصل في حكم المزارعة والمساقاة) [1]

والمساقاة والمزارعة عقدان جائزان من الطرفين ، لما روي مسلم عن ابن عمر في قصة خيبر : فقال رسول الله ﷺ : « نُقِرُّكُمْ عَلَى ذَلِك ما شِئْنا » [2] ، ولو كان لازماً لم يجز بغير توقيت مدة ، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم ، ولأنها عقد على جزء من نماء المال ، فكانت جائزة كالمضاربة (يبطلان بما تبطل به الوكالة) من موت ، وجنون، وحجر ، لسفه ، وعزل ، (ولا يفتقران إلى القبول لفظاً) بل يكفي الشروع في العمل قبولاً كالوكيل ، (ولا) يفتقران (إلى ضرب مدة يحصل الكمال فيها) ، لأنه ﷺ لم يضرب لأهل خيبر مدة ، ولا خلفاؤه من بعده ، (ولكل منهما فسخها) أي المساقاة أو المزارعة متى شاء ، لأنه شأن العقود الجائزة ، (فإن فسخت) المساقاة (بعد ظهور الثمرة ، فهي) أي الثمرة (بينهما) أي المالك والعامل (على ما شرطاه) عند العقد ، لأنها حدثت على ملكهما ، وكالمضاربة ، (ويملك العامل حصته) من الثمرة (بالظهور) كالمالك ، وكالمضارب ، (ويلزمه) أي العامل (تمام العمل في المساقاة كما يلزم المضارب بيع العروض ، إذا فسخت المضاربة) .

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ . (٢) سبق تخريجه وهو من المتفق عليه .

قال المنقح : (فيؤخذ منه دوام العمل على العامل في المناصبة ولو فسخت) المناصبة (إلى أن تبيد) الشجر التي عقدت عليها المناصبة والواقع كذلك ، (فإن مات) العامل ، في المساقاة أو المناصبة (قام وارثه مقامه في الملك والعمل) لأنه حق ثبت للموروث وعليه فكان لوارثه ، فإن أبى الوارث أن يأخذ ويعمل لم يجبر ، ويستأجر الحاكم من التركة من يعمل ، فإن لم تكن تركة أو تعذر الاستئجار منها ، بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لتكميل العمل ، واستؤجر من يعمله ، ذكره في المغني .

(وإن باعه) أي نصيب العامل هو أو وارثه (لمن يقوم مقامه) بالعمل (جاز) لأنه ملكه ، وإن تعلق به حق المالك من حيث العمل ، لم يمنع صحة البيع ، لأنه لا يفوت عليه ، لكن إن كان المبيع ثمراً، لم يصح إلا بعد بدو الصلاح ، أو لمالك الأصل ، وإن كان المبيع نصيب المناصب من الشجر ، صح مطلقاً ، (وصح شرطه) أي العمل من البائع على المشتري (كالمكاتب إذا بيع على كتابه ، وللمشتري الملك وعليه العمل) لأنه يقوم مقام البائع فيما له وعليه ، (فإن لم يعلم) المشتري بما لزم البائع من العمل ، (فله الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن) كاملاً ، (وبين الإمساك وأخذ الأرش ، كمن اشترى مكاتبا لم يعلم أنه مكاتب ، وإن فسخ العامل أو هرب قبل ظهورها) أي الثمرة (فلا شيء له) لأنه قد رضي بإسقاط حقه ، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل تمام عمله ، (وإن فسخ رب المال) المساقاة قبل ظهور الثمرة، وبعد شروع العامل في العمل ، (فعليه للعامل أجرة) مثل (عمله) بخلاف المضاربة ، لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه ، وإنما يتولد من العمل ، ولم يحصل لعمله ربح ، والثمر متولد من عين الشجر ، وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر ، فكان لعمله تأثير في حصول الثمر ، وظهوره بعد الفسخ ، ذكره ابن رجب في القواعد .

(ويصح توقيتها) أي المساقاة ، لأنه لا ضرر في تقدير مدتها ، ولا يشترط توقيتها ، لأنها عقد جائز كالوكالة ، (وإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل) الثمرة (تلك السنة ، فلا شيء للعامل) لأنه دخل على ذلك ، وكالمضاربة ، (وإن مات العامل وهي) أي المساقاة (على عينه) أي ذاته ، (أو جن أو حجر عليه لسفه انفسخت) المساقاة ، (كـ) ما لو مات (رب المال) أو جن أو حجر عليه لسفه ، (وكما لو فسخ) المساقاة (أحدهما) لأنها عقد جائز من الطرفين ، ولو حذف قوله : « وهي على عينه » كالمقنع والفروع والإنصاف والمبدع والمنتهى وغيرها ، لأصاب .

(وإن ظهر الشجر مستحقاً بعد العمل أخذه) أي الشجر (ربه ، و) أخذ (ثمرته) لأنه عين ماله ، (ولا حق للعامل في ثمرته ، ولا أجرة له) على رب الشجر ، لأنه لم يأذن له في العمل ، (وله) أي العامل (على الغاصب أجرة مثله) لأنه غره واستعمله،

كما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم ، (وإن شمس) العامل (الثمرة فلم تنقص) (قيمتها بذلك أخذها ربها) أي المغصوب منه ، (وإن نقصت) الثمرة بذلك، (فله) أخذها ، و(أرش نقصها ، ويرجع به على من شاء منهما) أي الغاصب والعامل ، (ويستقر الضمان على الغاصب) لأنه سبب يد للعامل ، (وإن استحقت) الثمرة (بعد أن اقتسماها وأكلاها) أي الغاصب والعامل ، (فللمالك تضمين من شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل ، وله تضمينه قدر نصيبه) لأن الغاصب سبب يد العامل ، فلزمه ضمان الجميع ، (و) له (تضمين العامل قدر نصيبه) لتلفه تحت يده ، (فإن ضمن) المالك (الغاصب الكل، رجع على العامل بقدر نصيبه) لأن التلف وجد في يده ، فاستقر الضمان عليه ، (ويرجع العامل على الغاصب بأجرة مثله) لأنه غره ، وإن ضمن العامل احتمل أن لا يضمنه إلا نصيبه خاصة ، لأنه ما قبض الثمرة كلها ، بل كان مراعياً لها وحافظاً ، ويحتمل أن يضمنه الكل ، لأن يده ثبتت عليه مشاهدة بغير حق ، فإن ضمنه الكل رجع على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله، وإن ضمن كل ما صار إليه ، رجع العامل على الغاصب بأجرة مثله لا غير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل قسمة ، فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها . قال : يلزمه ضمانها ، ومن قال : لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها . قال : لا يلزمه الضمان ، ويكون على الغاصب ، ذكره في المغني ، وشرح المنتهى .



فصل

ويلزم العامل في مساقاة ومزارعة ، (ما فيه صلاح الثمرة والزرع وزيادتهما من السقي) بماء حاصل لا يحتاج إلى حفر بئر ، ولا إلى إدارة دولاب ، وقوله : (والاستقاء) أي إخراج الماء من بئر أو نحوها بإدارة الدولاب لذلك ، لا حفر البئر أو تحصيل الماء بنحو شراء ، فإنه على المالك كما يأتي ، (والحرث وآلته وبقره والزبال) بكسر الزاي : تخفيف الكرم من الأغصان ، وكأنه مولد ، قاله في الحاشية .

(وقطع ما يحتاج إلى قطعه) من نحو جريد النخل (وتسوية الثمرة ، وإصلاح الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل ، وإدارة الدولاب ، والتلقيح ، والتشميس ، وإصلاح طرق الماء ، و) إصلاح (موضع التشميس ، وقطع الحشيش المضر) بالشجر أو الزرع (من شوك وغيره ، وقطع الشجر اليابس ، وآلة ذلك كالفأس ونحوه) كالمنجل

(وتفريق الزبل) والسباخ ، (ونقل الثمر ونحوه إلى جرين ، وتجفيفه وحفظه) أي الثمر (في الشجر وفي الجرين إلى قسمه) لأن ذلك كله فيه صلاح الزرع وزيادتهما ، فهو لازم للعامل بإطلاق العقد ، (وكذا الجذاذ إن شرط عليه) وصح شرطه عليه ، لأنه لا يخل بمصلحة العقد ، فصح كتأجيل الثمن ، وشرط الرهن والضمين في البيع ، (وألا) يشترطه العامل ، (فـ) هو (عليهما بقدر حصتيهما) لأنه إنما يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة ، فكان عليهما ، كنقل الثمرة إلى المنزل ، وهكذا عللوه ، وفيه نظر ، فإن نقل الثمرة إلى الجرين والتشميس والحفظ ، نحوه ، تقدم أنه على العامل مع أنه بعد الجذاذ ، (فإن شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم) يؤخذ (من) ثمن (الثمرة ، وقدر) العامل (الأجرة أو لم يقدرها ، لم يصح) ذلك (كما لو شرط لنفسه أجر عمله ، لأن العامل عليه) فلا يصح شرط أخذ عوضه ، (و) يجب (على رب المال ما فيه حفظ الأصل من شد الحيطان ومثله) أي مثل ما يحفظ الأصل تحصيل (السباخ ، قاله الشيخ . وإجراء الأنهار ، وحفر البئر والدولاب وما يديره) أي الدولاب (من آلة ودابة وشراء الماء ، و) شراء (ما يلقح به وتحصيل الزبل. وقال الموفق وغيره : والأولى أن البقر التي تدير الدولاب على العامل ، كبقر الحرث) وهو قول ابن أبي موسى ، (فإن شرط) في مساقاة أو مزارعة (على أحدهما) أي المالك أو العامل (ما يلزم الآخر وبعضه فسد الشرط والعقد) لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده ، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال ، (وحكم العامل) في مساقاة ومزارعة (حكم المضارب فيما يقبل قوله و) فيـ (ما يرد) قوله فيه ، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله ، (فإن اتهم) رب المال العامل بخيانة (حلف) العامل ، لاحتمال صدق المدعي ، (وإن ثبتت خيانته) بل تمام العمل بإقراره ، أو ببينة أو نكوله (ضم إليه من يشارفه كالوصي إذا ثبتت خيانته) تحصيلاً للغرضين ، (فإن لم يمكن حفظه) أي المال من العامل (استؤجر من ماله من يعمل العمل يقوم مقامه ويزيل يده) لخيانته ، (فإن عجز) العامل (عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه قوى) أمين ، (ولا تنزع يده) لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر في بقاء يده .

(فإن عجز) العامل (بالكلية أقام) العامل (مقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الموضعين) لأن عليه توفية العمل ، وهذا من توفيته ، (وإذا ظهرت الثمرة ثم تلفت إلا واحدة فهي بينهما) على ما شرطا كالكل ، (ويلزم من بلغت حصته منهما نصاباً زكاة) لأن العامل يملك حصته بالظهور ، كرب المال ، (وإن ساقاه على أرض خراجية ، فالخراج على رب المال) لأنه يجب على رقبة الأرض ، سواء أثمرت الشجر أو لم تثمر ،

زرع الأرض أو لم يزرعها ، (وإذا ساقى) رب المال (رجلاً أو زراعة ، **فعامل العامل** غيره على الأرض أو الشجر بغير إذن ربه لم يجز) كالمضارب لا يضارب بالمال ، (فإن استأجر أرضاً فله أن يزارع فيها) لأن منافعها صارت مستحقة له ، فملك المزارعة فيه كالمالك (والأجرة على المستأجر دون المزارع) لما تقدم في الخراج ، (وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها والخراج عليه دون المزارع) كما مر في المساقاة ، (وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجره) كالمالك ، وكذلك ينبغي في ناظر الوقف إذا رآه مصلحة (ويتبع في الكلف السلطانية) أي التي يطلبها السلطان (العرف ما لم يكن شرط) ، فيعمل بمقتضاه ، فما عرف أخذه من رب المال كان عليه ، وما عرف أخذه من العامل كان عليه ، (وما طلب من قرية من كلف سلطانية ونحوها فعلى قدر الأموال ، فإن وضع على الزرع فعلى ربه ، أو) وضع (على العقار فعلى ربه، ما لم يشرط على مستأجر ، وإن وضع مطلقاً فالعادة) قاله الشيخ ، وقال : ولمن له الولاية على المال أن يصرف فيما يخصه من الكلف ، كناظر الوقف والوصي والمضارب والوكيل . قال: ومن لم يخلص مال غيره من التلف إلا بما أدى عنه ، رجع به في أظهر قولي العلماء ، (ويعتبر) في مزارعة (معرفة جنس البذر ولو تعدد) البذر ، (و) معرفة (قدره) أي البذر كالشجر في المساقاة ، ولأنها معاقدة على عمل فلم تجز على غير معلوم الجنس والقدر ، كالإجارة (في المغني : أو تقدير المكان) وتعيينه أو بمساحته .

(وإن شرط) رب المال للعامل (إن سقي سيحاً أو زرعها شعيراً فالربع ، و) إن سقي (بكلفة ، أو) زرع (حنطة النصف) لم يصح للجهالة ، (أو) قال رب المال : (لك نصف هذا النوع ، وربع الآخر ، ويجهل العامل قدرهما) أي النوعين ، لم يصح للجهالة ، (أو) قال : (لك الخمسان إن لزمتك خسارة وإلا الربع) لم يصح للجهالة، (أو قال) رب المال : (ما زرع من شعير فلي ربعه ، وما زرعت من حنطة فلي نصفه) ولم يبين البذر ، لم يصح للجهالة ، (أو) قال : (ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على الآخر بالربع لم يصح) لأنه كبيعتين في بيعة ، المنهي عنه ، (وإن قال : ما زرعت من شيء فلي نصفه ، صح) لما تقدم أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، (وإن ساقي أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه ، مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين ، فجعل له ثلثي الثمرة صح ، وكان السدس حصته من المساقاة) كما لو ساقي أجنبياً بذلك، (وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فسدت) المساقاة، لأنه لم يجعل للعامل شيئاً في مقابلة عمله ، (ويكون الثمر بينهما بحكم الملك) نصفين ،

وشرط الثلث للعامل باطل ، لأن غير العامل يأخذ من نصيب العامل جزءاً ويستعمله بلا عوض ، فلا يصح ، (ولا يستحق العامل شيئاً) في نظير عمله (لأنه متبرع) به ، وإن شرط للعامل كل الثمرة فسدت أيضاً ، وله أجرة مثله .



فصل : في المزارعة وتقدم تفسيرها أول الباب

(تجوز) المزارعة (بجزء مشاع معلوم للعامل من الزرع ، كما تقدم) لقصة خيبر ، (فإن كان في الأرض شجر ، فزارعه على الأرض وساقاه على الشجر) الذي بها (صح) سواء قل بياض الأرض أو كثر ، نص عليه . وقال : « قد دَفَعَ النّبيُّ ﷺ خَيْبَرَ عَلَى هَذَا» ولأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما ، فجاز الجمع بينهما ، كالبيع والإجارة ، (وإن أجره الأرض وساقاه على الشجر) الذي بها (صح ، كجمع بين إجارة وبيع) ما لم يكن حيلة ، (وإن كان حيلة على بيع الثمرة قبل وجودها ، أو قبل بدو صلاحها بأن أجره الأرض بأكثر من أجرتها وساقاه على الشجر بجزء من ألف جزء ونحوه حرم) ذلك ، (ولم يصح) كل من الإجارة والمساقاة .

قال المنقح : قياس المذهب بطلان عقد الحيلة مطلقاً ، ومقتضى ما قدمه في المنتهى : أنه يصح في الإجارة ويبطل في المساقاة ، (وسواء جمعا بين العقدين) أي الإجارة والمساقاة ، (أو عقداً واحداً بعد الآخر ، فإن قطع بعض الشجر المثمر والحالة هذه فإنه ينقص من العوض المستحق بقدر ما ذهب من الشجر ، سواء قيل بصحة العقد أو فساده ، وسواء قطعه المالك أو غيره) قاله الشيخ تقي الدين .

قلت : مقتضى القواعد ، أنه لا ينقص من أجرة الأرض شيء إذا قلنا بصحتها ، لأن الأرض هي المعقود عليها ولم يفت منها شيء ، وأما إذا فسدت فعليه أجرة مثل الأرض ، ويرد الثمرة وما أخذه من ثمر الشجر . وله أجرة مثل عمله فيها ، والله أعلم .

(وتصح إجارة الأرض وشجر فيها لحملها) أي حمل الشجر ، وهو ثمرها وورقها ونحوه ، وحكاه أبو عبيد إجماعاً ، وجوزه ابن عقيل تبعاً للأرض ، ولو كان الشجر أكثر ، واختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق ، (وتصح إجارتها) أي الشجرة (لنشر الثياب عليها ونحوه) كاستظلال بها ، لأنه نفع مباح ، (ويشترط) للمزارعة (كون البذر من رب الأرض ، ولو أنه العامل ، ويقر العمل من الآخر) لأنهما يشتركان في نمائه ، فوجب أن يكون رأس المال من أحدهما كالمضاربة ، (ولا تصح) المزارعة (إن كان البذر من العامل ، أو) كان البذر (منهما) أي من العامل ورب الأرض ، (أو)

كان البذر (من أحدهما والأرض لهما) لما تقدم ، (أو البذر من واحد ، و(الأرض والعمل من الآخر ، أو) الأرض من واحد ، والعمل من آخر ، و(البذر من ثالث ، أو) الأرض من واحد ، والعمل من آخر ، والبذر من ثالث ، و(البقر من رابع) فلا تصح في جميع هذه الصور ، لأنه البذر ليس من رب الأرض .

(وعنه ، لا يشترط كون البذر من رب الأرض ، واختاره الموفق، والمجد، والشارح وابن رزين، وأبو محمد) يوسف (الجوزي، والشيخ وابن القيم، وصاحب الفائق، والحاوي الصغير، وهو الصحيح) قاله في المغني ، قال في الإنصاف : وهو أقوى دليلاً ، (وعليه عمل الناس) لأن الأصل المعول عليه في المزارعة قضية خيبر ، ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ، (وإن قال) رب أرض لعامل (آجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك ، وأخرج المزارع البذر كله ، لم يصح لجهالة المنفعة، وكذلك لو جعلها) أي المنفعة (أجرة لأرض أخرى ، أو) أجرة لـ (دار ، لم يجز) لجهالة المنفعة ، (و) إذا فسدت وكان البذر من العامل ، فـ (الزرع كله للمزارع) لأنه صاحب البذر ، لأن عين ماله تقلب من حال إلى حال ، (وعليه أجرة مثل الأرض) لأن ربها دخل على أن يأخذ ما سمي له ، فإذا فات رجع إلى بدله ، لكونه لم يرض ببذل أرضه مجاناً ، وإن كان البذر منهما ، فالزرع لهما بحسبه ، (فإن أمكن علم المنفعة) أي منفعة العامل وبقره وآلته ، (وضبطها بما لا تختلف معه معرفة البذر) وأجرة نصف الأرض بنصف البذر والمنفعة (جاز) لانتفاء الغرر والجهالة ، (وكان الزرع بينهما) نصفين ، لأن البذر الذي هو أصله كذلك ، (وإن شرط) المزارع (أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ، و) أن يقتسما الباقي ، (ففاسد) كأنه اشترط لنفسه قفزاناً معلومة ، وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة ، لأنه قد لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر ، يختص به المالك ، وربما لا تخرجه ، وموضوعها على الاشتراك .

(وإن شرط) في المزارعة أو المساقاة (لأحدهما) أي رب البذر والشجر أو العامل (قفزاناً معلومة) لم تصح لما تقدم ، (أو) شرط لأحدهما (دراهم معلومة) لم تصح، لأنه ربما لا يخرج من الأرض إلا ذلك فيؤدي إلى الضرر ، (أو) شرط لأحدهما (زرع ناحية معينة) فسدت . قال في المغني والمبدع : بإجماع العلماء .

(أو) يشترط لأحدهما (ما على الجداول إما منفرداً أو مع نصيبه ، فسدت المزارعة والمساقاة ، ومتى فسد العقد) أي عقد المزارعة والمساقاة ، (فالزرع) لصاحب البذر ، وعليه أجرة العامل (والثمر لصاحبه) أي البذر أو الشجر ، (وعليه الأجرة) للعامل ، لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، (وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا) فيما تقدم من

الأحكام (والحصاد والدياس والتصفية) أي تصفية الحب من التبن (واللقاط على العامل) لأنه من العمل الذي لا يستغني عنه ، ولقصة خيبر ، (ويكره الحصاد والجذاذ ليلاً) لأنه ربما أصابه أذى من نحو حية ، (وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ، ويكون ما يخرج بينهما ففاسد) لكون البذر ليس من رب الأرض ، (ويكون الزرع لمالك البذر) لأنه عين ماله تقلب من حال إلى حال ، (وعليه أجرة الأرض ، و) أجرة (العمل) في الزرع ، لأنه إنما بذل نفعه ونفع أرضه بعوض ، لم يسلم له ، فرجع ببدله .

(وإن قال) رب الأرض : (أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك والزرع بيننا ، لم يصح) لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل ، وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ، ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ، (وإن زارع شريكه في نصيبه صح ، بشرط أن يكون للعامل أكثر من نصيبه) بأن يكون الأصل بينهما نصفين ، فيقول أحدهما للآخر : اعمل عليه ولك الثلثان ، فيصح ويكون السدس الزائد في نظير عمله في حصة شريكه ، (وتقدم) ونحوه في المساقاة (قريباً ، وما سقط من حب وقت حصاد فنبت في العام القابل ، فلرب الأرض ، مالكاً كان) رب الأرض (أو مستأجراً أو مستعيراً) نص عليه ، لأن رب الحب أسقط حقه منه حكم العرف وزال ملكه عنه ، لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه ، (وكذا نص) الإمام (فيمن باع قصيلاً ، فحصده فبقي يسيراً فصار سنبلاً ، فـ) هو (لرب الأرض) لما تقدم ، (ويباح التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما) بلا خلاف، لجريان ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له ، (ويحرم منعه ، قاله في الرعاية) لأنه منع من مباح ، (وإذا غصب زرع إنسان وحصده) الغاصب (أبيح للفقراء التقاط السنبل المتساقط ، كما لو حصدها المالك ، وكما يباح رعي الكلأ من الأرض المغصوبة) ، واستشكل بدخول الأرض المغصوبة ، (وإن خرج الأكار) أي الزارع (باختياره وترك العمل قبيل الزرع أو بعده قبل ظهوره) أي الزرع ، (وأراد) الأكار (أن يبيع عمل يديه في الأرض) من حرث ونحوه ، (وما عمل) أي أنفق (في الأرض لم يجز) ذلك ، خلافاً للقاضي في الأحكام السلطانية ، (ولا شيء له) كالعامل في المساقاة ، (وإن أخرجه مالك ذلك فله أجرة) مثل (عمله ، وما أنفق في الأرض) لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، فوجب له بدله وهو قيمته . وعلم منه : أنه إذا فسخت المزارعة بعد ظهور الزرع للعامل نصيبه ، وعليه تمام العمل كالمساقاة .

(ولا يجوز) لرب الأرض (أن يشرط على الفلاح شيئاً مأكولاً ولا غيره) أي غير مأكول (من دجاج ولا غيرها التي يسمونها خدمة) ، ويسمى الآن ضيافة ، (ولا أخذه) أي الدجاج ونحوه (بشرط ولا غيره) إلا أن ينوي مكافأته أو الاحتساب به من أجرة الأرض ، أو كانت العادة جارية بينهما به قبل أن يعطيه أرضه ، على قياس ما تقدم في القرض ، (ولو أجر) إنسان (أرضه سنة لمن يزرعها فزرعها) المستأجر زرعاً ينبت في سنة ، (فلم ينبت الزرع في تلك السنة ، ثم نبت في السنة الأخرى ، فهو للمستأجر .

وعليه الأجرة لرب الأرض مدة احتباسها) فيلزمه المسمى للسنة الأولى ، وأجرة المثل للثانية ، (وليس لرب الأرض مطالبته) أي المستأجر (بقلعه) أي الزرع (قبل إدراكه) لأنه وضعه بحق ، وتأخره ليس بتقصيره .



باب الإجارة

مشتقة من الأجر وهو العوض ، ومنه سمي الثواب أجراً ، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبر ، عن معصيته ، وهي ثابتة بالإجماع ، وسنده من الكتاب قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أجورهن ﴾ (١) ، ومن السنة حديث عائشة في خبر الهجرة قالت : « وَاسْتَأْجَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وأبو بكر رجلاً من بَنِي الدّيلِ هادِياً خرّيتاً ، والخرّيت الماهر بالهِدَايَة » (٢) رواه البخاري .

والحاجة داعية إليها ، إذ كل إنسان لا يقدر على عقار يسكنه ، ولا على حيوان يركبه، ولا على صنعة يعملها ، وأرباب ذلك لا يبذلونه مجاناً ، فجوزت طلباً للرفق .

(وهي) لغة : المجازاة ، وشرعاً : (عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً) وهي ضربان ، أشار إلى الأول منهما بقوله : (مدة معلومة من عين معلومة) معينة ، كأجرتك هذا البعير ، (أو) من عين (موصوفة في الذمة) كأجرتك بعيراً صفته كذا ، ويستقصى صفته ، وأشار إلى الضرب الثاني بقوله : (أو عمل معلوم) ، وقوله : (بعوض معلوم) راجع للضربين ، فعلمت أن المعقود عليه هو المنفعة لا العين ، خلافاً لأبي إسحق المروزي ، لأن المنفعة هي التي تستوفى والأجر في مقابلتها ، ولهذا تضمن دون العين ، وإنما أضيف العقد إلى العين ، لأنها محل المنفعة ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، والانتفاع تابع ، ضرورة أن المنفعة لا توجد إلا عقبه .

(ويستثنى من قولهم مدة معلومة) صورتان : إحداهما تقدمت في الصلح ، والأخرى (ما فتح عنوة) ولم يقسم (بين الغانمين) فيما فعله عمر رضي الله عنه (في أرض الخراج فإنه وقف أرض ذلك على المسلمين وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجر لها) كل عام ، ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها .

وأركان الإجارة خمسة : المتعاقدان ، والعوضان ، والصيغة ، (وهي) أي الإجارة (والمساقاة، والمزارعة، والعرايا، والشفعة، والكتابة ونحوها) كالسلم (من الرخص المباحة

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٢) راجع صحيح البخاري ، كتاب بدء الخلق ، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة المنورة.

المستقر حكمها على وفق القياس) قال في الفروع : لأن من لم يخصص العلة : لا يتصور عنده مخالفة قياس صحيح ، ومن خصصها فإنما يكون الشيء خلاف القياس إذا كان المقتضى للحكم موجوداً فيه ، وتخلف الحكم عنه .

(ولا تصح) الإجارة (إلا من جائز التصرف) لأنها عقد معاوضة ، كالبيع ، (وتنعقد) الإجارة (بلفظ : آجرت وما في معناها) كالكراء ، سواء (أضافه إلى العين نحو آجرتكها، أو أكريتكها ، أو) أضافه (إلى النفع نحو) قوله : (آجرتك) نفع هذا الدار ، (أو أكريتك) نفع هذه الدار ، (أو ملكتك نفعها ، و) تنعقد أيضاً (بلفظ: بيع أضافه إلى النفع ، نحو) قول : (بعتك نفعها ، أو) بعتك (سكنى الدار ونحوه، أو أطلق) لأنها بيع ، فانعقدت بلفظه كالصرف .

قال الشيخ تقي الدين : التحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ كان من الألفاظ التي عرف بها المتعاقدان مقصودهما ، وهذا عام في جميع العقود ، فإن الشارع لم يحد حداً لألفاظ العقود ، بل ذكرها مطلقة ، وكذا قال ابن القيم في إعلام الموقعين ، وصححه في تصحيح الفروع والنظم . وقال في المنتهى : وبلفظ بيع إن لم يضف إلى العين ، ومعناه في التلخيص قال : مضافاً إلى النفع ، كبعتك نفع هذه الدار شهراً ، وإلا لم يصح ، نحو بعتك شهراً .

(ولا تصح) الإجارة (إلا بشروط ثلاثة : أحدها : معرفة المنفعة) لأنها هي المعقود عليها ، فاشترط العلم بها كالبيع ، ومعرفتها (إما بالعرف وهو ما يتعارفه الناس بينهم) (كسكنى الدار شهراً) السكنى متعارفة بين الناس ، والتفاوت فيها يسير فلم تحتج إلى ضبطه ، (و) كـ (خدمة الآدمي سنة) لأن الخدمة أيضاً معلومة بالعرف ، فلم تحتج إلى ضبط كالسكنى ، (فيخدمه في الزمن الذي يقتضيه العرف) قال في النوادر والرعاية: إن استأجره شهراً يخدم ليلاً ونهاراً ، فإن استأجره للعمل استحقه ليلاً . انتهى والمراد ما جرت به العادة من الليل .

قال في الهداية : يخدم من طلوع الشمس إلى غروبها ، وبالليل ما يكون من خدمة أوساط الناس ، (فإذا كان لهما عرف أغنى عن تعيين النفع ، و) عن تعيين (صفته ، وينصرف الإطلاق إليه) أي إلى العرف لتبادره إلى الذهن ، (فإذا كان عرف الدار السكنى) واكتراها ، فله السكنى ، و (له وضع متاعه فيها ، ويترك فيها من الطعام ما جرت عادة الساكن به) قال في المبدع : ويستحق ماء البئر تبعاً للدار في الأصح ، (وله) أي المستأجر (أن يأذن لأصحابه وأضيافه في الدخول) بها (والمبيت فيها) لأنه العادة.

وقيل لأحمد : يجيء زوار عليه أن يخبر صاحب البيت بهم ؟ قال : ربما كثروا ، أرى أن يخبر ، وقال : إذا كان يجيئه الفرد ، ليس عليه أن يخبره ، (وليس له) أي للساكن أن يعمل فيها حدادة ولا قصارة (لأنه ليس العرف وأيضاً يضر بجدرانها) ، ولا (يجعلها مخزناً) للطعام ، (لأنه يضر بها ، والعرف لا يقتضيه) (ولا أن يسكنها دابة) لما تقدم .

قلت : إن لم تكن قرينة كالدار الواسعة التي فيها أسطبل معد للدواب ، عملاً بالعرف ، ولا يدع المستأجر (فيها رماداً ولا تراباً ولا زبالة ونحوها) مما يضر بها ، لحديث: « لا ضَرَرَ وَلا ضِرار » .

(وله) أي المستأجر (إسكان ضيف وزائر) لأنه ملك السكنى ، فله استيفاؤها بنفسه وبمن يقوم مقامه ، (وأما بالوصف ، كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين) فلا بد من ذكر الوزن والمكان الذي يحمل إليه ، لأن المنفعة إنما تعرف بذلك ، وكذا كل محمول ، (ولو كان المحمول كتاباً فوجد) الأجير (المحمول إليه غائباً) ولا وكيل له ، (فله) أي الأجير (الأجرة) المسماة (لذهابه ، و) له أجرة مثل رده (لأنه ليس سوى رده إلا تضييعه ، وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فيتعين رده ، (وإن وجده) أي وجد الأجير المحمول إليه (ميتاً ، ففي الرعاية وهو ظاهر الترغيب : له المسمى فقط ، ويرده) لأنه أمانة بيده ، ولعل الفرق أن الموت ليس من فعل الميت ، بخلاف الغيبة ، فكان الباعث مفرطاً بعدم الاحتياط .

(قال أحمد : يجوز أن يستأجر) الأجنبي الأَمَة (والحرة ، للخدمة) لأنها منفعة مباحة ، (ولكن يصرف المستأجر وجهه عن النظر) للحرة ليست الأمة مثل الحرة ، فلا يباح للمستأجر النظر لشيء من الحرة بخلاف الأَمَة ، فينظر منها إلى الأعضاء الستة ، أو إلى ما عدا عورة الصلاة على ما يأتي في النكاح، والحاصل: أن المستأجر لها كالأجنبي، (ولا يخلو) المستأجر (معها) أي الحرة في بيت (بل ولا مع الأمة ، كما يأتي في النكاح ، (ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها) المتصل ، لأنه عورة من الحرة بخلاف الأَمَة ، (و) تصح الإجارة (لبناء) دار ونحوها ، لأنه نفع مباح ، (ويقدر) البناء (بالزمان) كيوم أو شهر ، (وإن قدر بالعمل) بأن استأجر لبناء حائط ، (فلابد من معرفة موضعه) أي البناء ، (لأنه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب ، ولا بد من ذكر طول الحائط وعرضه وسمكه) -بفتح السين وسكون الميم- أي تخانته ، وهو في الحائط بمنزلة العمق في غير المنتصب ، ذكره في الحاشية ، (وآلته) أي البناء (من طين ولبن وآجر ، وشيد) أي جير وغير ذلك (كالجص ، لأن معرفة المنفعة لا تحصل إلا

بذلك ، والغرض يختلف فلا بد من ذكره ، (ولو استؤجر لحفر بئر عشرة أذرع طولاً وعشرة أذرع عرضاً وعشرة أذرع عمقاً فحفر) الأجير (خمسة طولاً في خمسة عرضاً في خمس عمقاً) وأردت أن تعرف ما يستحقه من الأجرة المسماة له ، (فاضرب عشرة في عشرة تبلغ مائة ، ثم اضرب المائة في عشرة تبلغ ألفاً) فهي التي استؤجر لحفرها ، (واضرب خمسة في خمسة بخمسة وعشرين ، ثم اضربها في خمسة بمائة وخمسة وعشرين) ، وذلك الذي حفره .

(و) إذا نسبت ذلك (إلى الألف وجدته) ثمن الألف ، فله ثمن الأجر ، (لأنه وفى بثمن العمل) إن وجب له شيء (من الأجرة ، بأن ترك العمل لنحو صخرة منعته من الحفر ، هذا قول صاحب الرعاية ، ويأتي في الباب ما يقابله ، والآتي هو الصحيح من المذهب ، (وإن استأجره ليبني له بناء معلوماً) كحائط موصوفة بما تقدم ، (أو) ليبني له (في زمن معلوم) كيوم أو أسبوع ، (فبناه) الأجير ثم سقط البناء ، فقد وفى (الأجير ما عليه واستحق الأجرة) كاملة ، لأن سقوطه ليس من فعله ولا تفريطه ، هذا (إن لم يكن سقوطه من جهة العامل ، فأما إن) كان سقوطه من جهته بأن فرط ، أو بناه محلولاً أو نحو ذلك ، فسقط ، فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه) لتفريطه ، (وإن استأجره لبناء أذرع معلومة ، فبنى بعضها ، ثم سقط على أي وجه كان ، (فعليه إعادة ما سقط ، و) عليه (تمام ما وقعت عليه الإجارة من الأذرع) مطلقاً ، لأنه لم يوف بالعمل ، وعليه غرم ما تلف إن فرط .

(ويصح الاستئجار لتطيين الأرض والسطوح والحيطان) ، و(الاستئجار لـ) تجصيصها (ونحوه لأنه مباح ، ويقدر بالزمن) ولا يصح الاسئجار (على) ذلك إذا قدر بـ (عمل معين) بأن يقول : استأجرتك لتطيين هذا الحائط ، أو تجصيصها (لأن الطين) أو الجص (يختلف في الرقة والغلظ ، و) كذلك (الأرض منها العالي والنازل ، وكذلك الحيطان والسطوح) منها العالي والنازل ، (فلذلك لم يصح الاستئجار) لذلك إلا على مدة (معلومة ، كيوم أو شهر .

(و) تصح إجارة أرض معينة (برؤية ، لأن الأرض لا تنضبط بالصفة) لزرع كذا (من بُرٍّ أو قُطن ونحوهما) ، أو غرس (معلوم كمشمش) ، أو بناء معلوم (كدار) وصفها بلا خلاف ، (أو) إجارتها (لزرع ما شاء ، أو لغرس ما شاء) ، أو لبناء ما شاء (كأجرتك لتزرع ما شئت) ، أو أجرها (لغرس) ويسكت ، أو لبناء أو زرع ويسكت، (أو أجره الأرض وأطلق) بأن لم يعين زرعاً ولا غرساً ولا بناء ، (وهي تصلح للزرع وغيره) فتصح الإجارة في جميع هذه الصور ، للعلم بالمعقود عليه .

قال الشيخ تقي الدين : إن أطلق ، أو قال : انتفع بها ما شئت ، فله زرع وغرس وبناء ، (ويأتي له تتمة) في الباب ، (ويجوز الاستئجار لضرب اللبن على مدة) كيوم أو شهر ، (أو) على (عمل) معلوم ، (فإن قدره بالعمل احتاج إلى تعيين عدده) ، و(إلى ذكر قالبه وموضع الضرب) لأنه يختلف باعتبار التركيب والماء ، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز ، (كما لو كان المكيال معروفاً) وإن قدره بالطول والعرض جاز والسمك (لانتفاء الغرر) ولا يكتفي بمشاهدة قالب الضرب إذا لم يكن معروفاً ، (لأن فيه غرراً ، وقد يتلف كالسلم) ولا يلزمه (أي الأجير) (إقامة اللبن ليجف) لأنه إنما استؤجر للضرب لا للإقامة (ما لم يكن شرط أو عرف) فيرجع إليه .

وظاهر ما قدمه في المبدع وشرح المنتهى : لا يلزمه مع عرف ، (ومثله) أي إقامة اللبن (إخراج الآجر من التنور الذي استؤجر لشيه) فلا يلزمه إن لم يكن شرط أو عرف لما تقدم ، (وإن استؤجر لحفر قبر لزمه رد ترابه) أي القبر (على الميت لأنه العرف) ، و(لا) يلزمه تطيينه (لأنه ليس بمشروع . وظاهره : ولو كان العرف ، (وإن استأجر للركوب ذكر) المستأجر (المركوب فرساً أو بعيراً ونحوه) كحمار (كمبيع) إن لم يكن مرئياً ، (و) ذكر (ما يركب به من سرج وغيره) لأن ضرر المركوب يختلف باختلافه ، (و) ذكر (كيفية سيره من هملاج وغيره) لأن الغرض يختلف باختلاف . والهملاج -بكسر الهاء-: من الهملجة ، مشية معروفة ، (ولا يشترط ذكر ذكوريته) أي المركوب (وأنوثيته ونوعه) فلا يشترط في الفرس أن يقول : حجر أو حصان ، ولا عربي أو برذون ونحوه ، لأن التفاوت بين ذلك يسير ، (ولا بد من معرفة راكب برؤية أو صفة كمبيع) لاختلافه بالطول والسمن وضدهما ، (ويشترط) أيضاً (معرفة توابعه) أي الراكب (العرفية ، كزاد وأثاث من الأغطية والأوطية والمعاليق ، كالقدر والقربة ونحوهما ، إما برؤية أو صفة أو وزن) لأن ذلك لا يختلف ، (وله) أي الراكب (حمل ما نقص من معلومه) أي من الذي قدره للمؤجر ، (ولو بأكل معتاد ، ويأتي في الباب) موضحاً ، (وإن كان استأجر للحمل) لم يحتج إلى ذكر ما تقدم (من ذكر ما يحمل عليه وآلته) إن لم يتضرر المحمول بكثرة الحركة ، أو يفوت غرض المستأجر باختلاف ما يحمل عليه ، (وإلا) بأن تضرر المحمول، أو فات غرض المستأجر باختلافه (اشترط كحامل زجاج وخزف) أي فخار ، و(فاكهة ونحوه) أي نحو ما ذكر ، لأن فيه غرضاً ، (ويشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة ، وذكر جنسه من حديد أو قطن أو غيره ، و(معرفة) قدره بالكيل أو بالوزن ، فلا يكفي ذكر وزنه فقط (لاختلاف

الغرض ، خلافاً لابن عقيل ، ويشترط معرفة أرض) إذا استؤجر (لحرث) برؤية ، لأنها لا تنضبط بالصفة ، فيختلف العمل باختلافها .

★ ★ ★

فصل : في الشرط الثاني للإجارة : معرفة الأجرة

لأنه عوض في عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً كالثمن ، وقد روى عنه ﷺ: « منِ استَأجَرَ أجِيراً فَلْيُعْلِمْه أجْرَه » [1] ، ويصح أن تكون في الذمة وأن تكون معينة ، (فما في الذمة) حكمه (كثمن) فما صح أن يكون ثمناً في الذمة صح أن يكون أجرة .

(و) الأجرة (المعينة كمبيع) معين ، (ولو جعل الأجرة صبرة دراهم ، أو) صبرة (غيرها ، صحت) الإجارة (كبيع) بخلاف السلم ، لأن المنفعة هنا أجريت مجرى الأعيان ، لأنها متعلقة بعين حاضرة، والسلم متعلق بمعدوم ، فافترقا ، (وتجوز إجارة الأرض بجنس ما يخرج منها) بأن أجرها لمن يزرعها براً بقفيز بر ، إن لم يقل مما يخرج منها ، وإلا لم يصح ، (وتقدم في الباب قبله) مفصلاً ، (ويصح استئجار أجير وظئر) أي مرضعة ، ولو إما (بطعامهما وكسوتهما) وإن لم يصف الطعام والكسوة) أو بأجرة معلومة وطعامهما وكسوتهما ، (أما المرضعة فلقوله تعالى) : ﴿ وعلَى المَوْلودِ لَهُ رزقُهُنَّ وكسوتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ ﴾ [2] ، فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها ، لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية ، وإن لم ترضع ، ولقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [3] والوارث ليس بزوج ، وأما الأجير فلما روى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله تعالى عنهم : أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم ، ولم يظهر له نكير ، فكان كالإجماع ، (وكما لو شرطا) أي المرضعة والأجيرة (كسوة ونفقة معلومتين موصوفتين كصفتهما في السلم) بأن يوصفا بما لا يختلفان معه غالباً ، (وهما) أي المرضعة والأجير (عند التنازع) في صفة الكسوة والنفقة أو درهما (كزوجة) قال في الشرح : لأن الكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات والإطعام عرفاً ، وهو الإطعام في الكفارات ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ، لأن الإطلاق يجزي فيه أقل ما يتناوله اللفظ ، كالوصية (ويسن إعطاء ظئر حرة عند الفطام عبداً أو أمَة إن كان المسترضع موسراً) لما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج عن أبيه قال : قلت : « يَا رَسُولُ

---

(1) الحديث لم أقف على من أخرجه .

(2) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

(3) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

الله مَا يُذْهِبِ عَنّي مذمة الرَّضَاع ؟ قال : الغُرَّةُ ، العبْدُ أو الأمةُ »[1] قال الترمذي : حسن صحيح .

(قال الشيخ : لعل هذا في المتبرعة بالرضاعة . انتهى ، وإن كانت الظئر أمَة استحب) لمسترضع موسر (إعتاقها) لأنه يحصل أخص الرقاب بها لها ، وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب ، (ولو استؤجرت) المرأة (للرضاع والحضانة لزمتها) أي الرضاع والحضانة ، لأنه مقتضى العقد ، (وإن استؤجرت للرضاع وأطلق) الرضاع (لزمها الحضانة تبعاً) عملاً بالعرف ، (وإن استؤجرت للحضانة وأطلق) العقد (لم يلزمها الرضاع) لأنه ليس داخلاً في الحضانة .

وقال في المنتهى : وإن أطلقت أو خصص رضاع لم يشمل الآخر ، (والمعقود عليه في الرضاع : الحضانة واللبن) لأن كلا منهما مقصود ، ولأن العقد لو كان على الخدمة وحدها لما لزمها سقي لبنها ، وأما كونه عيناً فلا يمنع للضرورة لحفظ الآدمي ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، (ولو وقعت الإجارة على الحضانة والرضاع ، وانقطع اللبن بطلا) أي بطلت الإجارة فيهما ، لتعذر المقصود منها .

(ويجب على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر لبنها ويصلح به ، وللمكتري مطالبتها بذلك) لأنه من تمام التمكين من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي ، (فإن لم ترضعه لكن سقته لبن الغنم) أو غيرها ، (أو أطعمته ، أو دفعته إلى خادمها) أو غيرها ، (فأرضعته فلا أجرة لها) لأنها لم توف بالمعقود عليه ، (وإن) اختلفا فـ (قالت : أرضعته فأنكر المسترضع) فالقول قولها (بيمينها ، لأنها مؤتمنة) .

ويشترط (لصحة الإجارة للرضاع) رؤية المرتضع ، (ولا يكفي وصفه لأن الرضيع يختلف باختلاف كبره وصغره ، ونهمته وقناعته ، (و) يشترط أيضاً (معرفة مدة الرضاع) لأنه لا يمكن تقدير الرضاع إلا بها ، فإن السقي والعمل فيها يختلف ، (و) يشترط أيضاً معرفة (مكانه) أي الرضاع (هل هو عند المرضعة أو عند وليه) لأنه

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٣/ ٤٥٠ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب النكاح ، باب ما يذهب مذمة الرضاع ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب النكاح ، باب في الرضع عند الفصال ، الحديث (٢٠٦٤) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/٤٥٩ ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء ما يذهب مذمة الرضاع ، الحديث (١١٥٣) ، وقال : « حديث حسن صحيح » ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ١٠٨/٦ ، كتاب النكاح ، باب حق الرضاع وحرمته ، ومعنى قوله : مذمة الرضاع ، أي حق الإرضاع أو حق ذات الرضاع ، وأما المراد بالغرة : فهو المملوك .

يختلف ، فيشق عليها في بيت المستأجر ، ويسهل في بيتها ، (ولا بأس أن ترضع المسلمة طفلاً للكتابي بأجرة لا طفلاً لمجوسي) ونحوه ممن يعبد غير الله . قال في الفروع: رخص أحمد في مسلمة ترضع طفلاً لنصاري بأجرة لا لمجوسي، وسوي أبو بكر وغيره بينهما لاستواء البيع والإجارة .

(ولا يصح استئجار دابة بعلفها ، أو بأجر معين وعلفها) لأنه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه (إلا أن يشترطه) أي العلف موصوفاً (كشعير ونحوه وقدره ، بمعلوم ، فيجوز (وعنه يصح) مطلقاً (اختاره الشيخ وجمع) كاستئجار الأجير بطعامه ، (وإن شرط للأجير) الخدمة أو رضاع (طعام غيره وكسوته) أي الغير (موصوفاً) ما ذكر من الطعام والكسوة (جاز لأنه معلوم كـ) ما لو شرط له طعام نفسه وكسوة نفسه ، ويكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه (له) ، وإن شاء تركه (لأنه في مقابلة منافعه) وإن لم يكن (ما شرطه للأجير من طعام غيره وكسوته) موصوفاً (لم يصح) لأن ذلك مجهول، (وإنما جاز) ذلك إذا شرط للأجير نفسه (للحاجة إليه) وجرى العادة به ، فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك ، (وليس له) أي المستأجر (إطعامه) أي الأجير (لا ما يوافقه من الأغذية) لأن عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه ، (وإن استغنى الأجير عن طعام المستأجر) بطعام نفسه، أو غيره، (أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها) لأنها عوض ، فلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم ، (وإن احتاج) الأجير (إلى دواء لمرض لم يلزم المستأجر) لأنه ليس من النفقة كالزوجة ، (لكن يلزمه) أي المستأجر (بقدر طعام الصحيح) يدفعه له ، فيصرفه فيما أحب من دواء أو غيره ، (وإن قبض الأجير طعامه فأحب) الأجير (أن يستفضل بعضه لنفسه ، وكان المستأجر دفع إليه أكثر من الواجب له ليأكل منه قدر حاجته ويفضل الباقي) منع منه ، لأنه لم يملكه إياه ، وإنما أباحه أكل قدر حاجته ، (أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المستأجر ، بأن يضعف الأجير عن العمل ، أو يقل لبن الظئر ، منع منه) لأن على المستأجر ضرراً بتفويت بعض ماله من منفعته ، فمنع منه كالجمّال إذا امتنع عن علف الجمال ، (وإن دفع) المستأجر (إليه قدر الواجب فقط) من غير زيادة ، (أو) دفع إليه (أكثر منه) أي الواجب (وملكه إياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمستأجر ، جاز) للأجير أن يستعضل بعضه لنفسه ، لأنه لا حق للمستأجر فيه ولا ضرر عليه ، أشبه الدراهم ، (فإن قدم) المستأجر (إليه) أي الأجير طعاماً ، (فنهب أو تلف قبل أكله ، وكان) الطعام (على مائدة لا يخصه) المستأجر (فيها بطعامه ، فـ) الطعام (من ضمان المستأجر) لأنه لم يسلمه إليه ، (وإن خصه) المستأجر (بذلك)

الطعام ، (وسلمه إليه) ثم نهب أو تلف ، (فمن مال الأجير) لأنه تسليم عوض على وجه التمليك ، أشبه البيع ، (والداية التي تقبل) الولد في (الولادة يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك ، و) يجوز لها (أن تأخذ) على ذلك (بلا شرط) لأنه عمل لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة ، (ولا بأس أن) يستأجر من (يحصد الزرع) بجزء مشاع منه ، (و) أن يستأجر من (يصرم) أي يجذ ثمر (النخل بسدس ما يخرج منه) أو بربعه ونحوه .

(قال) الإمام (أحمد : هو أحب إليّ من المقاطعة ، يعني مع جوازها) أي المقاطعة، (ولا يجوز نفض الزيتون ونحوه ببعض ما يسقط منه) أي بآصع معلومة منه للجهالة ، لأنه لا يدري الباقي بعدها ، (وله) أي الأجير (أجرة مثله) لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، (ويجوز نفض كله) أي الزيتون ونحوه ، (ولقطه ببعضه مشاعاً) كالثلث والسدس ، كما سبق في الزرع والنخل ، وتقدم ذلك في آخر المضاربة ، (ويجوز للرجل) وللمرأة (أن يؤجر أمته) ولو أم ولد (للإرضاع) لأنها ملكه ومنافعها له ، (وليس لها إجارة نفسها) لرضاع ولا غيره ، لأنها لا تملك منافعها إلا بإذن سيدها ، (فإن كان لها ولد لم يجز) لسيدها (إجارتها لذلك) أي للإرضاع ، (إلا أن يكون فيها) أي الأمة (فضل عن ربه) أي ولدها ، (لأن الحق) في اللبن (للولد ، وليس للسيد إلا الفاضل عنه) أي عن الولد من اللبن ، (فإن كانت) الأَمَة (متزوجة بغير عبده لم يجز) للسيد (إجارتها لذلك) أي للرضاع إلا بإذن الزوج لأن فيه تفويتاً لحقه، (وإن أجرها) السيد للرضاع ثم زوجها ، صح النكاح ولا تنفسخ الإجارة) بالنكاح كالبيع ، (وللزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة) لسبق حق المستأجر (وتأتي إجارة الحرة) نفسها (في باب عشرة النساء) مفصلة ، (ولا يقبل قولها) أي التي أجرت نفسها ثم ادعت (أنها ذات زوج) لتسقط حق المستأجر من الإجارة إلا ببينة (أو مؤجرة) أي إذا تزوجت ، ثم ادعت أنها كانت مؤجرة (قبل نكاح) لم يقبل قولها (بلا بينة) لأنه يتضمن إسقاط حق الزوج في مدة الإجارة .



فصل

وإن دفع إنسان ثوبه إلى قصار أو خياط ونحوهما ، كصباغ (ليعمله) أي ليقصره، أو يخيطه، أو يصبغه ونحوه ، (ولو لم تكن له) أي للقصار ونحوه (عادة بأخذ أجرة ولم يعقدا) أي القصار والخياط (عقد إجارة) صح ، وله أجرة مثله ، حيث كانا

منتصبين لذلك ، وإلا لم يستحقا أجراً إلا بشرط ، أو عقد أو تعريض ، لأنه لم يوجد عرف يقوم مقام العقد ، فهو كما لو عمل بغير إذن مالكه ، (أو استعمل) إنسان (حمالاً ونحوه ، أو) استعمل (شاهداً إن جاز له) أي الشاهد (أخذ أجرة) بأن عجز عن المشي ، أو تأذى به ، فله أخذ أجرة مركوب ، كما يأتي في الشهادات (صح وله أجرة مثله) لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول .

وقال شيخ مشايخنا الفارضي : فإن قيل : يحرم الأخذ على الشهادة ، فالجواب أن الذي يحرم إنما هو في نحو ما إذا تحمل الشهادة وأبى أن يؤديها إلا بجعل ، أو سئل في أن يشهد ، فأبى أن يشهد إلا بجعل ، أما لو دعا زيداً مثلاً ، فذهب معه وشهد وتكلف زيد لدابة مثلاً ، أو مضى زمن لمثله أجرة لا سيما مع بعد المكان ، فله أجرة مثله ، نقلته من خط شيخي ولد العم عبد الرحمن البهوتي على حاشية الفروع ، (كتعريضه) أي الدافع (بها) أي بالأجرة (أي نحو خذه ، وأنا أعلم إنك متعيش ، أو) خذه ، و(أنا أرضيك ونحوه) مما يدل على إعطاء الأجرة ، (وكذا دخول حمام ، وركوب سفينة ملاح وحلق رأسه وتغسله ، وغسل ثوبه وبيعه له) شيئاً ، (وشربه منه ماء) أو قهوة ونحوها من المباحات ، وما يأخذه البائع ثمن الماء أو القهوة ونحوها ، وأجرة الآنية والساقي والمكان ، قياساً على المسئلة بعدها .

(وقال في التلخيص : ما يأخذه الحمامي : أجرة المكان والسطل ، والمئزر ، ويدخل الماء تبعاً) لأنه لا يصح عقد الإجارة عليه . وهذا بخلاف مسئلة الشرب ، فإن الماء مبيع، ولا ينبغي لمن دخل الحمام أن يستعمل فوق المعتاد لأنه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً ؛ بل يحرم عليه كاستعماله من الموقوف فوق القدر المشروع ، أخذاً من قولهم يجب صرف الوقف للجهة التي عينها الواقف ، (ويجوز إجارة دار بسكنى دار) أخرى .

(و) بـ (خدمة عبد ، و) بـ (تزويج امرأة) لقصة شعيب ﷺ لأنه جعل النكاح عوض الأجرة [1] ، ولأن كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز عوضاً في الإجارة ، فكما جاز أن يكون العوض عيناً جاز أن يكون منفعة ، سواء كان الجنس واحداً كالأول ، أو مختلفاً كالثاني .

قال المجد في شرحه : فإذا دفعت عبدك إلى خياط أو قصار أو نحوهما ليعلمه ذلك العمل بعمل الغلام سنة جاز ذلك في مذهب مالك وعندنا ، (وتصح إجارة حلي بأجرة من غير جنسه ، وكذا) بأجرة (من جنسه) لأنه عين ينتفع بها منفعة مقصودة مع بقائها فجازت إجارته كالأراضي (مع الكراهة) أي يكره إجارة الحلي بنقد من جنسه ، خروجاً

---

(١) وهذا مستمد من قوله تعالى في سورة القصاص : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ﴾ (الآية : ٢٧) .

من خلاف من قال : لا تصح ، لأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها جزء ، وإن كانت يسيرة ، ليحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها ، فيفضي إلى بيع ذهب بذهب ، وشيء آخر ، ورد بأن الأجرة في مقابلة الانتفاع ، لا في مقابلة الذاهب وإلا لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر لإفضائه إلى التفرق قبل القبض .

(وإن قال) صاحب الثوب لخياط : (إن خطت هذا الثوب اليوم) فلك درهم ، (أو) إن خطته (رومياً فلك درهم ، و) إن خطته (غداً أو فارسياً فـ) لك (نصفه) أي نصف درهم ، لم يصح ، (أو) قال رب أرض : (إن زرعتها براً) فبخمسة ، (أو) قال رب حانوت : (إن فتحت خياطاً فبخمسة ، و) إن زرعت (ذرة أو) فتحت (حداداً فبعشرة ونحوه) مما لم يقع فيه جزم (لم يصح) العقد ، لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير ونحوهما ، فلم يصح ، كبعتك بعشرة نقداً ، أو إحدى عشر نسيئة ، ما لم يتفرقا ، على أحدهما كما تقدم في البيع .

(وإن أكراه دابة ؛ وقال : إن رددتها اليوم فبخمسة وغداً فبعشرة ، أو أكراه عشرة أيام بعشرة) دراهم ، (وما زاد فلكل يوم كذا ، صح) لأنه لا يؤدي إلى التنازع ، لأنه عين لكل زمن عوضاً معلوماً ، فصح (ولا يصح أن يكتري مدة مجهولة كـ) اكترائه فرساً (مدة غزاته أو غيرها) لأنه لا يدري متى تنقضي ، وقد تطول وتقصر ، فيؤدي إلى التنازع ، (وإن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً جاز) وصح العقد لما تقدم ، (وإن أكراه الدار ونحوها (كل شهر بدرهم ، أو) اكتراه للسقي (كل دار بتمرة ، صح) العقد ، لما روي عن علي قال : « جُعْتُ مَرَّةً جُوعاً شَدِيداً ، فَخَرَجْتُ أَطْلُبُ العَمَلَ فِي عَوَالِي المدينَة، فإِذَا أَنَا بامْرأَة قَدْ جَمَعَتْ بَذْراً ، فَظَنَنْتُ أَنَّهَا تُرِيدُ بَلَّهُ ، فَقَاطَعْتُهَا كُلُّ ذَنُوب بِتَمْرَة، فَمَدَدْتُ سِتَّةَ عَشَرَ ذَنُوباً ، فعدَّت لِي ستَّ عَشْرَةَ تَمرةً ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَأَخْبَرْتُهُ فَأَكَلَ مَعِي مِنْهَا » [1] رواه أحمد ، ومثله ما تقدم إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم ، فعلى هذا تلزم الإجارة في الشهر الأول بإطلاق العقد ، قاله في المغني والشرح ، وما بعده يكون مراعي ، ونبه عليه بقوله : (وكلما دخل شهر لزمهما حكم الإجارة إن لم يفسخا) الإجارة أو له ، لأن دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداء ، لأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره ، والرضا ببذله به جرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على الرضا بها ، قاله في المغني .

---

(١) الأثر أخرجه الإمام أحمد في المسند ضمن مسند على رضي الله عنه .

(ولكل) واحد (منهما) أي أيٍّ من المؤجر والمستأجر (الفسخ عقب تقضي كل شهر على الفور في أول الشهر) بأن يقول : فسخت الإجارة في الشهر الآخر . وليس بفسخ على الحقيقة، لأن العقد الثاني لم يثبت، قاله في المغني، والشرح، وفي الرعاية.

قلت أو يقول : إذا مضى هذا الشهر فقد فسختها . انتهى ، وهو ظاهر لما تقدم أنه يصح تعليق فسخ بشرط ، قال في المغني والشرح : إذا ترك التلبيس به فهو كالفسخ لا تلزمه أجرة ، لعدم العقد ، (ولو أجره) داراً أو نحوها (شهراً غير معين ، لم يصح) العقد للجهالة ، (ولو قال) المؤجر : (أجرتك هذا الشهر بكذا وما زاد فبحسابه ، صح) العقد (في الشهر الأول) فقط ، لأنه معلوم دون ما بعده .

(و) إن قال : (أجرتك داري عشرين شهراً) من وقت كذا (كل شهر بدرهم ، صح) العقد . قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه ، لأن المدة والأجرة معلومان ، وليس لواحد منهما الفسخ ، لأنها مدة واحدة ، أشبه ما لو قال : أجرتك عشرين شهراً بعشرين درهماً ، (و) إن قال رب صبرة : (استأجرتك لحمل هذه الصبرة إلى مصر بعشرة) صح لأنه عين المحمول والمحمول إليه ، (أو) قال : استأجرتك (لحملها) لي كذا (كل قفيز بدرهم) صح ، لأن القفيز معلوم وأجره معلوم ، وجهالة عدد قفزاتها تزول باكتيالها ، (أو) قال : استأجرتك (لتحملها لي) إلى كذا (كل قفيز بدرهم ، وما زاد) على القفيز (فبحساب ذلك ، صح) العقد ، لأنه في قوة قوله : كل قفيز بدرهم ، (وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها ، كقوله : لتحمل قفيزاً منها بدرهم وسائرها بحساب ذلك ، أو قال : وما زاد فبحساب ذلك ، يريد باقيها كله إذا فهما) أي العاقدان (ذلك من اللفظ ، لدلالته) أي اللفظ (عندهما عليه ، أو لقرينة صرفت إليه) لأن الغرض يحصل به ، (وإن قال) استأجرتك (لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد) المستأجر (بذلك) القول (مهما حملته من باقيها) فلك بكل قفيز درهم ، لم يصح للجهالة .

(أو) قال : استأجرتك (لتنقل لي منها قفيزاً بدرهم) لم يصح لأن « من » للتبعيض ، وكل للعدد ، فكأنه قال : لتحمل منها عدداً ، فلم يصح للجهالة ؛ بخلاف ما لو أسقط « منها » ، (أو) قال : استأجرتك (على أن تحمل لي منها قفيزاً بدرهم ، وعلى أن تحمل الباقي بحساب ذلك ، لم يصح) العقد ، لأنه من باب بيعتين في بيعة المنهي عنه ، (وإن قال) : استأجرتك (لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك ، فإن كانا يعلمان الصبرة التي في البيت

بالمشاهدة) أو وصفاها ، (صح) العقد فيهما للعلم بهما ، (وإن جهلها أحدهما صح) العقد (في الأولى) للعلم بها ، (وبطل في الثانية) للجهل بها ، (وإن قال) استأجرتك (لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة ، فإن كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما) بالعشرة ، وإن جهلاها أو أحدهما فقياس ما تقدم في البيع ، إذا جمع بين معلوم ومجهول لا يتعذر علمه ؛ يصح في المعلوم بقسطه ، أنه يصح في المعلومة بقسطها من العشرة ويبطل في الأخرى ، (وإن قال : استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة، وهي عشرة أقفزة بدرهم ، فإن زاد على ذلك فالزائد بحساب ذلك ، صح) العقد (في العشرة فقط) للعلم بها دون ما زاد ، فإنه مجهول ، وأيضاً عقده معلق ، ولا يصح تعليق الإجارة .

وقال في المنتهي : أو على حمل زبرة إلى محل كذا على أنها عشرة أرطال ، وإن زادت فلكل رطل درهم صح . انتهى ، ويمكن حمله على ما هنا ، أي صح في الزبر فقط ، (وإن قال) : استأجرتك (لتحملها كل قفيز بدرهم ، فإن قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك ، صح أيضاً في الصبرة فقط) لما تقدم ، دون ما زاد .



فصل : في الشرط الثالث للإجارة

(أن تكون المنفعة مباحة لغير ضرورة) أي بأن تباح مطلقاً بخلاف ما يباح للضرورة أو للحاجة كأواني الذهب والكلب (مقصودة) عادة ، إذا تقرر ذلك ، (فلا تصح الإجارة على الزنا ، والزمر ، والغناء ، والنياحة لأنها غير مباحة ، (ولا إجارة كاتب يكتب ذلك) أي الغناء والنوح ، وكذا كتابة شعر محرم أو بدعة ، أو كلام محرم ، لأنه انتفاع محرم .

(ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة ، أو بيت نار ، أو لبيع الخمر ، أو للقمار) لأن ذلك إعانة على معصية . وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا على الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ ﴾ (1) .

وسواء (شرط) ذلك (في العقد أو لا) إذا دلت عليه القرائن ، (ولو اكترى ذمي من مسلم داراً) ليسكنها (فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه) من ذلك ، لأنه معصية ، (ولا تصح إجارة ما يجمل به دكانه من نقد وشمع ونحوهما) كأوان ، (ولا طعام ليتجمل به على مائدته ثم يرده ، لأن منفعة ذلك غير مقصودة) وما لا يقصد لا

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

يقابل بعوض ، (ولا) يصح استئجار (ثوب لتغطية نعش) الميت ، ذكره في المغني والشرح ، (ولا يصح الاستئجار على حمل ميتة ونحوها لأكل لغير مضطر) لأنه إعانة على معصية ، فإن كان الحمل لمضطر صحت ، (و) لا يصح الاستئجار على حمل (خمر) لمن (يشربها) لأنه ﷺ : « لعنَ حاملَهَا وَالمحمُولَةَ إلَيْه » [1] .

(ولا أجرة له) أي لمن استؤجر لشيء محرم مما تقدم ، (ويصح) الاستئجار (لإلقاء) الميتة ، (و) لـ (إراقة) الخمر ، لأن ذلك لما تدعو الحاجة إليه ، ولا تندفع بدون إباحة التجارة له ، (ولا يكره أكل أجرة ذلك) أي الإلقاء والإراقة ، (ويصح) الاستئجار (لكسح كنيف) لدعاء الحاجة إليه ، (ويكره له أكل أجرته) لما فيه من الدناءة ، (كـ) ما يكره للحر أكل (أجرة حجام) لقوله ﷺ : « كَسْبُ الحَجّام خَبيثٌ»[2] متفق عليه . وقال : « أَطْعِمْهُ نَاضِحَكَ وَرَقِيقَكَ » [3] .

قلت : ولعل الفرق بين ذلك وبين ما سبق من أجرة الإلقاء والإراقة : مباشرة النجاسة ، إذ إلقاء وإراقة الخمر لا مباشرة فيه للنجاسة غالباً بخلاف كسح الكنيف ، والله أعلم .

(ولو استأجره على سلخ بهيمة بجلدها) لم يصح لأنه لا يعلم هل يخرج سليماً أو لا ؟ وهل هو ثخين أو رقيق ؟ ولأنه لا يجوز أن يكون عوضاً في البيع ، فكذا هنا ، (أو) استأجره (على إلقاء ميتة بجلدها ، لم يصح) لأنه ليس بمال ، وإن قيل : إنه مال، فلما تقدم ، (وله) أي الأجير على سلخ البهيمة بجلدها أو إلقاء الميتة بجلدها (أجرة مثله) لأنه عمل بعوض لم يسلم منه ، ويصح الاستئجار لإلقاء الميتة بالشعر الذي

---

(١) الحديث بتمامه عند أحمد في المسند : ٢/ ٩٧ ، وأخرجه أبو داود في السنن : ٤/ ٨١ - ٨٢، كتاب الأشربة ، باب العنب يعصر للخمر ، الحديث (٣٦٧٤) ، وابن ماجة في السنن : ٢/ ١١٢١ - ١١٢٢ ، كتاب الأشربة ، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، الحديث (٣٣٨٠) .

(٢) هذا جزء من حديث أخرجه مسلم من رواية رافع بن خديج في الصحيح : ٣/ ١١٩ ، كتاب المساقاة ، باب تحريم ثمن الكلب ، الحديث (٤١/ ١٥٦٨) .

(٣) هذا جزء من حديث من رواية محيصة بن مسعود رضي الله عنه ، أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ٢/ ١٦٦ ، كتاب الإجارات ، الحديث (٥٧٧) ، وأحمد في المسند : ٥/ ٤٣٥ ، ٤٣٦ في مسند محيصة بن مسعود رضي الله عنه ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع والإجارة ، باب في كسب الحجام ، الحديث (٣٤٢٢) ، والترمذي في السنن : ٣/ ٥٧٥ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في كسب الحجام ، الحديث (١٢٧٧) ، وقال : « حسن صحيح » ، وابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٣٢ ، كتاب التجارات ، باب كسب الحجام ، الحديث (٢١٦٦) ، والنواضح هي الإبل التي يستقى عليها واحدها ناضح ، راجع النهاية لابن الأثير ، مادة نضح .

على جلدها إن كان محكوماً بطهارته ، ذكره في الفصول ، ومن أعطى صياداً أجرة ليصيد له سمكاً ليختبر بخته ، فقد استأجره ليعمل بشبكته ، قاله أبو البقاء ، واقتصر عليه في الفروع .

(ومثله) أي مثل استئجاره على سلخ بهيمة بجلدها في عدم الصحة استئجاره (لطحن قمح بنخالته ، وعمل السمسم شيرجاً بالكسب) الخارج منه ، (والحلج) أي حلج القطن (بالحب) الذي يخرج منه ، فلا يصح للجهالة بالأجرة ، لأنه لا يعلم ما يخرج منه ، (وتجوز إجارة المسلم) حراً كان أو عبداً (للذمي إذا كانت الإجارة) على عمل معين (في الذمة) كخياطة ، وبناء ، وطحن ، وحصد ، وصبغ ، وقصر ، (وكذا) تجوز إجارة المسلم لذمي لعمل غير (خدمة) مدة معلومة بأن يستأجر ليستقي ، أو يقصر له أياماً معلومة ، لأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته ، وأما إجارته له للخدمة فلا تجوز لأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله واستخدامه مدة الإجارة ، أشبه بيع المسلم لكافر .

(ولا) تجوز (إعارة الرقيق المسلم له) أي للذمي للخدمة ، ويجوز لغيرها لما تقدم ، (ولا بأس أن يحفر للذمي قبراً بالأجرة) كبناء بيت له بالأجرة ، (ويكره) دفن المسلم للذمي (إن كان) المدفون فيه (ناووساً) لأن فيه إعانة على مكروه ، والناووس : حجر ينقر ويوضع فيه الميت .

★ ★ ★



فصل

والإجارة على ضربين : أحدهما إجارة عين ، وله صورتان : إحداهما : أن تكون إلى أمد معلوم ، الثانية : أن تكون لعمل معلوم وسيأتيان ، ثم العين تارة تكون معينة ، كاستأجرت منك هذا العبد ليخدمني سنة بكذا ، أو ليخيط لي هذا الثوب بكذا ، وتارة تكون موصوفة في الذمة ، كحمار صفته كذا ليركبه سنة إلى موضع كذا بكذا ، (فما حرم بيعه فإجارته مثله) تحرم ، لأنها نوع من البيع (إلا الحر والحرة) فتصح إجارتهما ، لأن منافعهما مضمونة بالغصب ، فجازت إجارتها كمنافع القن ، (و) إلا (الوقف) فتصح إجارته ، لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه ، فجازت إجارته من له الولاية عليه كالمؤجر ، (و) إلا (أم الولد) فتصح إجارتها ، لأن منافعها مملوكة لسيدها ، فجاز له إجارتها كإعارتها .

(وتصح إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها) أي العين

كالأرض، والدور، والبهائم، والثياب ونحوها ، (ولا تصح إجارة ما لا يمكن استيفاؤها) أي المنفعة (منها ، كأرض سبخة لا تنبت) إذا أوجرت (للزرع) لأن الإجارة عقد على المنفعة ، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة في هذه العين ، (أو) أرض (لا ماء لها) بحيث لا يمكن زرعها ، (أو) أرض (لها ماء لا يدوم) لمدة الزرع ، (فلا تصح إجارتها للزرع) لما تقدم ، (ولا) إجارة (ديك ليوقظه لوقت الصلاة) ولا طائر ليسمع صوته ، لأن هذه المنفعة ليست متقومة ولا مقدوراً على تسليمها ، لأنه قد يصح وقد لا يصح ، (ولا) إجارة (ما لا ينتفع به مع بقاء عينه ، كـ) إجارة (المطعوم والمشروب ونحوه) كالمشموم من الرياحين وماء الورد ، (ويصح استئجار دار يجعلها مسجداً) يصلي فيه ، لأنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من الدار مع بقائها ، (أو) استئجار (حائط ليضع عليه أطراف خشبه إذا كان الخشب معلوماً) والمدة معلومة ، وكذا لو استأجرها ليبني عليها بناء معلوماً ، لأنها مباحة ، فتستوفى مع بقاء العين .

(و) يصح (استئجار فهد، وهر، وصقر، وباز ونحوه) مما يصلح (للصيد) لأن فيه نفعاً مباحاً ، وكذا يصح استئجار حيوان للحراسة ، و(لا) يصح استئجار (سباع البهائم التي لا تصلح لها) أي للصيد لأنها لا تنفع فيها ، (ولا) يصح استئجار (خنزير ولا كلب ، ولو كان يصيد أو يحرس) لأنه لا يصح بيعه ، (ويصح استئجار كتاب للقراءة) فيه ، (والنظر فيه) أي مراجعة المسائل ، (أو فيه) أي الكتاب (خط حسن يجود خطه عليه) لأن نفعه مباح مقصود يستوفي مع بقاء الكتاب (إلا المصحف ، فلا تصح) إجارته ، وإن صححتا بيعه تعظيماً له ، (ويجوز نسخه) أي المصحف (بأجرة) لأنه عمل مباح مقصود ، (وتقدم) ذلك (في كتاب البيع ، و) في (غيره) مفصلاً ، (ويصح استئجار نقد) أي دراهم ودنانير (للتحلي والوزن) مدة معلومة ، لأن نفعه مباح يستوفي مع بقاء العين ، وكالحلي ، (و) كذا (ما احتيج إليه كالأنف) من ذهب (وربط الأسنان به) مدة معلومة ، فتصح إجارته لذلك ، لما مر ، (فإن أطلق الإجارة) على النقد بأن لم يذكر وزناً ولا تحلياً ونحوه (لم تصح) الإجارة .

وتكون قرضاً في ذمة القابض لأن الإجارة تقتضي الانتفاع ، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها ، فإذا أطلق الانتفاع حمل على المعتاد ، (ولو أجره مكيلاً، أو موزوناً، أو فلوساً) ليعاير عليها، صحت كالنقد للوزن، وإن أطلق (لم تصح) الإجارة وعلى قياس ما سبق : تكون قرضاً ، (ويجوز استئجار الشجرة ليجفف عليها الثياب ، أو) لـ (بسطها) أي الثياب (عليها) أي الشجرة (ليستظل بظلها) لأنه منفعة مباحة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين ، فجاز استئجارها لها كالحبال، والخشب،

والشجر المقطوع ، (و) يجوز (استئجار (ما يبقى من الطيب) كالعنبر (والصندل ، وقطع الكافور ونحوه) كمسك (للشم) مدة معينة ثم يرده ، لأنها منفعة مباحة أشبهت استئجار الثوب للبس ، مع أنه لا ينفك من إخلاق ، (ويصح استئجار ولده) لخدمته (ووالده لخدمته) كأجنبي ، (ويكره) الاستئجار للخدمة (في والديه) وإن علوا ، لما فيه من إذلال الوالدين بالحبس على خدمة الولد ، (ويصح استئجار امرأته لرضاع ولده) سواء كان (منها أو من غيرها ، و) يصح أيضاً استئجارها على (حضانته ، بائناً كانت) المرأة (أو في حباله) لأن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده مع الزوج كالبيع ، ولأن منافعها من الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج ، بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ، ولا على إرضاعه ، ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره ، فجاز لها أخذه منه ، كثمن مالها ، واستحقاقه لمنفعتها من جهة الاستمتاع لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر .

(ولا تصح إجارة العين إلا بشروط خمسة :

أحدها : أن يعقد على نفع العين) الذي يستوفي (دون إجزائها ، فلا تصح إجارة الطعام للأكل ، كما تقدم ، ولا) إجارة (الشمع ليشعله) ولا الصابون ليغسل به ، (ولا) أن يستأجر (حيواناً ليأخذ لبنه ، ولا) حيواناً لـ (يرضعه ولده ونحوه) كقِنِّه ، (ولا) أن يستأجر حيواناً ، (ليأخذ صوفه وشعره ونحوه) كوبره أو ولده ، لأن مورد عقد الإجارة النفع ، والمقصود ههنا العين ، وهي لا تملك ولا تستحق بإجارة .

وقال الشيخ تقي الدين : تجوز إجارة حيوان لأخذ لبنه ، والمذهب لا يصح ذلك في حيوان (إلا في الظئر) أي آدمية ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [1] .

والفرق بينها وبين البهائم : أنه يحصل منها عمل من وضع الثدي في فم المرتضع ونحوه ، بخلاف البهيمة ، وللضرورة ، (ولا) يصح (استئجار شجرة ليأخذ ثمرها ، أو شيئاً من عينها) كالحيوان لأخذ لبنه ، (ونقع البئر) في الدار والأرض ونحوه (يدخل تبعاً للدار ونحوها) لا إصالة .

قال في الانتصار : قال أصحابنا : لو غار ماء دار مؤجرة فلا فسخ ، لعدم دخوله في الإجارة . وفي الفصول: لا يستحق بالإجارة ، لأنه إنما يملك بالحيازة . (قال ابن عقيل: يجوز استئجار البئر ليستقي منه أياماً معلومة ، أو (يستقي منها) دلاء معلومة ،

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه ، فأما الماء فيؤخذ على الإباحة . انتهى ، (لأنه إنما يملك بالحيازة كما تقدم . قال في المغني : وهذا التعليل يقتضي أنه يجوز أن يستأجر منه بركته ليصطاد منها السمك مدة معلومة . انتهى ، وهو واضح إذا لم تعمل للسمك ، لأن هواء البركة وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور آلة الصيد ، والسمك يؤخذ على الإباحة ، وأما إذا عملت للسمك فإنه يملك بحصوله فيها ، كما يأتي في الصيد ، فلا تصح الإجارة لأخذ ، لكن إن أجرها قبل حصول السمك بها لمن يصطاده منها مدة معلومة ، صح ، فإذا حصل فيها فله صيده ، (ويدخل أيضاً تبعاً حبر ناسخ) وأقلامه في استئجار على نسخ ، (وخيوط خياط) في استئجار على خياطة ، (وكحل كحال) في استئجار على كحل ومرهم طبيب) في استئجاره لمداواة مدة معلومة ، (وصبغ صباغ) في إجارة لصبغ ، (ونحوه) كقلي قصار ، وقرظ داغ ، ولصاق لصاق ، وماء عجان .

(وسئل) الإمام (أحمد عن إجارة بيت الرحى الذي يديره الماء ؟ فقال : الإجارة على البيت والأحجار والحديد والخشب ، فأما الماء فإنه يزيد وينقص وينضب) أي يغور (ويذهب فلا يقع عليه إجارة) لعدم انضباطه ، (ولا يجوز استئجار الفحل للضراب) لنهيه ﷺ « عَنْ عَسْبِ الفَحْلِ » [1] متفق عليه .

والعسب : إعطاء الكراء على الضراب على أحد التفاسير ، ولأن المقصود الماء ، وهو محرم لا قيمة له ، فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة ، (فإن احتاج) إنسان (إلى ذلك ولم يجد من يطرق له) دابته مجاناً (جاز له) أي لرب الدابة (أن يبذل الكراء) لأنه بذل لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها ، فجاز (كشراء الأسير ، ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، ويحرم على المطرق) وهو رب الفحل (أخذه) أي العوض للنهي السابق، (وإن أطرق إنسان فحل بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية ، أو أكرم بكرامة لذلك ، فلا بأس) لأنه فعل معروفاً ، فجازت مجازاته عليه . قال في المغني والشرح : ونقل ابن القاسم لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى شيئاً كالحمام ، فحمله القاضي على ظاهره ، وأنه مقتضى النظر ، وحمله في المغني على الورع ، وهو ظاهر .

قال الشيخ تقي الدين : فلو أنزاه على فرسه فنقص ضمن النقص ، قاله في المبدع .

الشرط (الثاني : معرفة العين) المؤجرة (برؤية) إن كانت تنضبط بالصفات ، كالدار والحمام ، (أو صفة يحصل بها معرفته) أي المؤجر (كمبيع) لأن الغرض يختلف وإن

---

(١) سبق تخريجه .

جرت الإجارة في الموصوفة في الذمة بلفظ سلم ، اعتبر قبض أجرة بمجلس عقد ، وتأجيل نفع ، فيجري السلم في المنافع كالأعيان ، (فإن لم تحصل) المعرفة (بها) أي الصفة بأن لم يذكر من صفاته ما يكفي في السلم ، (أو كانت) الصفة ، (لا تأتي فيها) أي المؤجرة ، (كالدار والعقار) من بساتين ونخيل وأرض ، وعطفه على الدار من عطف العام على الخاص ، (فتشترط مشاهدته وتحديده ، ومشاهدة قدر الحمام ، ومعرفة مائه ، و) معرفة (مصرفه) أي الماء ، (ومشاهدة الإيوان ، ومطرح الرماد ، وموضع الزبل) وما روى من أن الإمام كره كراء الحمام ، لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه ، حمله ابن حامد على التنزيه ، والعقد صحيح ، حكاه ابن المنذر إجماعاً حيث حدده ، وذكر جميع آلته شهوراً مسماة .

الشرط (الثالث : القدرة على التسليم) لأنها بيع لمنافع ، أشبهت بيع الأعيان ، (فلا تصح إجار) العبد (الآبق ، و) لا الجمل (الشارد) وقياس البيع : ولو من قادر على تحصيلهما .

(و) لا إجارة (المغصوب ممن لا يقدر على أخذه منه) أي الغاصب ، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه ، فلا تصح إجارته كبيعة ، وكذا الطير في الهواء ، (ولا) تصح (إجارة مشاع مفرد لغير شريكه ، لأنه) أي المؤجر ، (لا يقدر على تسليمه) إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية عليه ، فلم يصح كالمغصوب ، (وإن كانت) العين (لواحد فأجر) رب العين (نصفه) أي نصف المؤجر (صح ، لأنه يمكنه تسليمه) إذ العين كلها له ، فيسلمها للمتأجر ، ثم إن أجر النصف الآخر للأول صح ، وإن كان لغيره فوجهان: (إلا أنه يؤجر الشريكان) المشترك (معاً) لواحد ، فيصح لعدم المانع ، (أو) يؤجر أحدهما للآخر أو لغيره (بإذنه) أي شريكه ، (قاله في الفائق ، وهو مقتضى تعليلهم) بكونه لا يقدر على تسليمه ، لأنه إذا أذن له فقد قدر على التسليم ، وقد يمنع إذ لا يلزم من الإذن في الإجارة الإذن في التسليم ، وأيضاً الإذن ليس بلازم ، فإذا أذن ثم رجع صح رجوعه ، فلا يتأتى التسليم . ومقتضى التعليل : أن العين لو كانت لجمع، فأجر أحدهم نصيبه لواحد منهم بغير إذن الباقين ، لم تصح .

قال في الرعاية الكبرى : لا تصح إلا لشريكه بالباقي ، أو معه لثالث ، (ولا) تصح إجارة (عين لاثنين فأكثر ، وهي) أي العين (لواحد) لأنه يشبه إجارة المشاع ، (وعنه) أي الإمام (بلى) تصح إجارة المشاع لغير الشريك (اختاره جمع) منهم أبو حفص وأبو الخطاب والحلواني ، وصاحب الفائق ، وابن عبد الهادي . قال في التنقيح: وهو أظهر ، وعليه العمل . انتهى .

وعليه : فتصح إجارة العين لاثنين فأكثر وهي لواحد ، وإن أجر اثنان دراهماً من واحد صفقة واحدة على أن نصيب أحدهما بعشر والآخر بعشرين ، صح ، وإن أجر اثنان دراهما من رجل واحد ، ثم أقاله أحد ، صح ، وبقي العقد في نصيب الآخر ، ذكره القاضي ، ثم قال : ولا يمتنع أن نقول : بفسخ العقد في الكل .

الشرط (الرابع : اشتمالها على المنفعة) المعقود عليها ، (فلا تصح إجار بهيمة زمنة للحمل) أو الركوب ، (ولا) إجارة (أخرس) على تعليم (منطوق ، (ولا) إجارة (أعمى للحفظ) أي ليحفظ شيئاً يحتاج إلى رؤية ، لأن الإجارة عقد على المنفعة ، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين .

(ولا) تصح إجارة (كافر لعمل في الحرم ، لأن المنع الشرعي كالحسي) ، ولا إجارة (لقلع سن سليمة ، أو قطع يد سليمة) وكذا سائر الأعضاء ، (ولا الحائض والنفساء على كنس المسجد في حالة لا تأمن فيها تلويثه) .

قلت : وكذا من به نجاسة تتعدى ، (ولا على تعليم الكافر القرآن) . قلت : وينبغي مثله التفسير والحديث ، وكتاب نحو يشتمل على آيات وأحاديث ، (ولا) إجارة (على تعليم السحر والفحش والخناء) - بكسر الخاء والمد - (أو على تعليم التوراة والكتب المنسوخة) . قلت : أو العلوم المحرمة لما مر من أن المنع الشرعي كالحسي ، (ولا) تصح (إجارة أرض لا تنبت للزرع كما تقدم ، ولا حمام حمل كتب) لتعذيبه ، قاله في الموجز ، وفيه احتمال . قال في التبصرة : هو أولى .

والشرط (الخامس : كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها) لأنها بيع المنافع ، فاشترط فيها ذلك كالبيع ، فلو أجر ما لا يملكه ولا إذن له فيه ، لم يصح كبيعه ، (وتصح إجارة مستأجر) العين المؤجرة (لمن يقوم مقامه) في استيفاء النفع ، (أو) لمن (دونه في الضرر) لأن المنفعة لما كانت مملوكة له ، جاز له أن يستوفيها بنفسه ونائبه ، (ولا يجوز) للمستأجر أن يؤجرها (لمن هو أكثر ضرراً منه) لأنه لا يستحقه ، (ولا) إجارتها (لمن يخالف ضرره ضرره) لما مر (ما لم يكن المأجور حراً كبيراً) كان (أو صغيراً) خلافاً للتنقيح ، حيث قيد بالكبير ، (فإنه ليس لمستأجر أن يؤجره ، لأنه لا تثبت يد غيره عليه ، وإنما هو يسلم نفسه إن كان كبيراً ، (أو يسلمه وليه) إن كان صغيراً ، (وتصح) إجارة العين المؤجرة (لغير مؤجرها ، و) تصح (لمؤجرها بمثل الأجرة ، و) بـ (زيادة) على الأجرة التي استأجر بها ، لأنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز بزيادة ، (ولو لم يقبض) المستأجر (المأجور) سواء أجره لمؤجره أو غيره ، لأن

قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه ، بخلاف بيع المكيل ونحوه قبل قبضه ، (ما لم تكن) إجارته لمؤجره بزيادة (حيلة) كعينة ، بأن أجرها بأجرة حالة نقد ، ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً ، فلا يصح لما سبق في مسألة العينة ، (وليس للمؤجر) الأول (مطالبة المؤجر الثاني بالأجرة) لأن غريم الغريم ليس بغريم .

قلت : إن غاب المستأجر الأول أو امتنع فللمؤجر رفع الأمر للحاكم ، فيأخذ من المستأجر الثاني ويوفيه أجرته ، أو من مال المستأجر الأول إن كان ، وإن فضل شيء حفظه للمستأجر ، وإن بقي له شيء فمتى وجد له مالا وفاه منه ، كما يأتي في القضاء على الغائب ، (وإذا تقبل) الأجير (عملاً في ذمته بأجرة كخياطة أو غيرها فلا بأس أن يقبله غيره بأقل منها) أي أجرته ، (ولو لم يعين فيه بشيء) من العمل ، لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو أكثر جاز بدونه كالبيع ، وكإجارة العين ، (ولمستعير إجارتها) أي العين المعارة (إن أذن له معير فيها) أي في إجارتها ، لأنه لو أذن له في بيعها لجاز ، فكذا في إجارتها ، ولأن الحق له ، فجاز بإذنه ، وقوله : (مدة يعينها) متعلق بإجارتها ، لأن الإجارة عقد لازم لا يجوز إلا في مدة معينة ، ثم إن عين له ربها مدة تقيد بها ، وإلا فكوكيل مطلق ، يؤجر العرف كما يأتي ، (والأجرة لربها) دون المستعير لانفساخ العارية بورود الإجارة عليها ، لكون الإجارة أقوى للزومها ، (ولا يضمن مستأجر) من مستعير ، (ويأتي في العارية ، وتصح إجارة وقف) لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه ، فجاز له إجارتها كالمستأجر ، (فإن مات المؤجر انفسخت) الإجارة (إن كان المؤجر الموقوف عليه ناظراً بأصل الاستحقاق ، وهو من يستحق النظر لكونه موقوفاً عليه ، ولم يشرط الواقف ناظراً ، بناء على أن الموقوف عليه يكون له النظر إذا لم يشرط الواقف ناظراً) وهو المذهب . ووجه انفساخها إذن : أن البطن الثاني يستحق العين بجميع منافعها تلقياً من الواقف بانقراض الأول ، بخلاف المطلق ، فإن الوارث يملكه من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه ، وحق المورث لم ينقطع عن ميراثه بالكلية ، بل آثاره باقية فيه ، ولهذا تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه .

(وإن جعل له) أي للموقوف عليه (الواقف النظر) بأن قال : النظر لزيد أو للأرشد، فالأرشد ونحوه ، (أو تكلم بكلام يدل عليه) أي على جعل النظر للموقوف عليه ، (فله النظر بالاستحقاق والشرط ، ولا تبطل الإجارة بموته) لأن إيجاره هنا بطريق الولاية ، ومن يلي بعده ، إنما يملك التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول ، (فيرجع مستأجر) عجل الأجرة (على مؤجر قابض) للأجرة (في تركته ، حيث قلنا : تنفسخ) الإجارة بموته كالمسئلة الأولى ، لأنه تبين عدم استحقاقه لها ، فإن تعذر أخذها

فظاهر كلامهم أنها تسقط ، قاله في المبدع . (ومثله) أي مثل الموقوف عليه (مقطع) أرضاً ارتفاقاً إذا (أجر إقطاعه ثم انتقل) ما أجره (إلى غيره بإقطاع آخر) فتنفسخ الإجارة ، ويأخذ المنتقل إليه ما يقابل زمن استحقاقه من مستأجر ، ويرجع مستأجر على قابض ، (وإن كان المؤجر) للوقف (الناظر العام) وهو الحاكم (أو من شرط له الواقف النظر ، وكان أجنبياً أو من أهل الوقف لم تنفسخ) الإجارة (بموته ولا بعزله) في أثناء المدة أو قبلها ، كما لو أجر سنة خمس في سنة أربع ومات ، أو عزل قبل دخول سنة خمس لما مر من أنه أجر بطريق الولاية ، ومن يلي النظر بعده إنما يملك التصرف فيما لم يتصرف هو فيه ، و(كملكه المطلق) إذا أجره ثم مات ، فإن الإجارة لا تبطل بموته لما تقدم ، (والذي يتوجه أنه لا يجوز للموقوف عليهم أن يستسلفوا الأجرة ، لأنهم لم يملكوا المنفعة المستقبلة ، ولا الإجارة عليها) أي على المنفعة المستقبلة ، (فالتسلف لهم قبض ما لا يستحقونه بخلاف المالك ، وعلى هذا فللبطن الثاني أن يطالب بالأجرة المستأجر الذي سلف المستحقين ، لأنه لم يكن له التسليف ، ولهم أن يطالبوا الناظر إن كان هو المسلف) ذكره في الاختيارات ، (وكموت المستأجر) عطف على كملكه المطلق ، أي وكما لا تبطل الإجارة بموت مستأجر ، (وإذا أجر الولي اليتيم) مدة، (أو) أجر (ماله) مدة (أو) أجر (السيد العبد مدة) معلومة ، (ثم بلغ الصبي ورشد وعتق العبد) قبل انقضاء مدة الإجارة .

(فإن كان) الولي (يعلم بلوغ الصبي فيها) أي في المدة بأن أجره سنتين وهو ابن أربع عشرة سنة ، (أو) كان السيد يعلم (عتق العبد) فيها (بأن كان) عتقه (معلقاً) على شيء يوجد فيها (انفسخت) الإجارة (وقت عتقه) أي العبد ، (و) وقت (بلوغه) أي اليتيم ، لئلا يفضي إلى أن تصح على جميع منافعهما طول عمرهما ، وإلى أن يتصرف كل منهما في غير زمن ولايته على المأجور ، (وإن لم يعلم) الولي بلوغ اليتيم في أثناء المدة ، ولم يعلم السيد عتقه في أثنائها (لم تنفسخ) الإجارة ، لأنه تصرف لازم يملكه المتصرف ، كما لو زوج أمته ثم باعها أو أعتقها ، (ولا تنفسخ) إجارة اليتيم ، أو ماله (بموت) الولي (المؤجر ولا عزله) لأنه تصرف وهو من أهل التصرف فيما له الولاية عليه ، فلم يبطل تصرفه ، كما لو مات ناظر الوقف ، أو عزل هو أو الحاكم ، (ولا يرجع العتيق على سيده بشيء من الأجرة) التي قبضها سيده حين أجره وهو رقيق ، لأنه ملكها بالعقد ، (لكن نفقته) أي العتيق (في مدة باقي الإجارة على سيده) لأنه كالباقي في ملكه ، لأنه لا يملك عوض نفعه (إن لم تكن) نفقته (مشروطة على المستأجر) فإن شرطت عليه لزمته ، (ولو ورث المأجور) بأن مات مالكه

وانتقل إلى ورثته ، (أو اشترى) المأجور (أو اتهب) المأجور ، (أو وصي له) أي لإنسان (بالعين) المؤجرة (أو أخذ) المأجور (صداقاً) بأن تزوج مالكه عليه امرأة ، (أو أخذه الزوج عوضاً عن خلع) أو طلاق ، (أو) أخذ (صلحاً و غير ذلك) بأن جعل عوضاً في عتق أو جعالة أو إجارة ونحوها .

(فالإجارة بحالها) لا تبطل بذلك ، لأنها عقد لازم ، ويكون المأجور ملكاً للمنتقل إليه مسلوب الانتفاع إلى انقضاء المدة ، (وتجوز إجارة الإقطاع) لأن المقطع يملك منفعته (كالوقف ، فلو أجره) المقطع ، (ثم استحقت الإقطاع لآخر ، فالصحيح) أن الإجارة (تنفسخ) بانتقاله عنه ، (كما تقدم) قريباً ، (وإن كانت الإقطاع عشراً) قلت : أو خراجاً ، بأن أقطعه عشر الخارج من الأرض ، أو خراجهما دون الأرض ، (لم تصح إجارتها) لأنه لا يملك الأرض ولا منفعتها (كتضمينه) أي كما أن تضمنه العشر والخراج بقدر معلوم باطل ، وتقدم في الزكاة .



(فصل في أقسام إجارة العين)

وإجارة العين تنقسم قسمين : (أحدهما : أن تكون على مدة كإجارة الدار شهراً ، أو) إجارة (الأرض عاماً)، أو إجارة (الآدمي للخدمة، أو للرعي)، أو للنسخ، أو للخياطة ونحوها مدة معينة فعلم منه أن إجارة العين تارة تكون في الآدمي ، وتارة تكون في غيره من المنازل والدواب ونحوها ، وقد حكاه ابن المنذر إجماعاً ، (ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص وهو) أي الأجير الخاص (من قدر نفعه بالزمن) لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة ، لا يشاركه فيها غيره ، (وإذا تمت الإجارة وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها فيها) أي في مدة الإجارة لأنه مقتضى العقد ، (وتحدث) المنافع (على ملكه) أي المستأجر ، سواء استوفاها أو تركها كالمبيع ، (ويشترط أن تكون المدة معلومة) لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له ، فاشترط العلم بها كالمكيلات. ويشترط أيضاً أن (يغلب على الظن بقاء العين فيها ، وإن طالت) المدة ، لأن المصحح له كون المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة منها غالباً . وظاهره : ولو ظن عدم العاقد . قال في الرعاية : ولا فرق بين الوقف والملك ، بل الوقف أولى. قاله في المبدع . وفيه نظر ، (فإن قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية) لأنها المعهودة، فإن وصفها به كان تأكيداً ، (وإن قال) سنة (عددية ، أو) قال (: (سنة بالأيام ، فـ) ـهي (ثلاثمائة وستون يوماً ، لأن الشهر العددي ثلاثون يوماً) والسنة اثنا عشر شهراً ، (وإن قال) سنة (رومية ، أو شمسية ، أو فارسية ، أو قبطية ، وهما يعلمانها جاز) ذلك ، (وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم) ، فإن الشهور الرومية : منها سبعة - أحد وثلاثون يوماً وأربعة - ثلاثون يوماً ، وواحد - ثمانية وعشرون يوماً، وهو شباط ، وزاده الحساب ربعاً ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون ، وزادوها خمسة وربعاً ، لتساوي سنتهم السنة الرومية .

(وإن جهلا) أي المتعاقدان (ذلك) أي ما ذكر من السنين غير العربية ، (أو) جهله (أحدهما ، لم يصح) العقد للجهل بمدة الإجارة ، (ولا يشترط أن تلي المدة) أي مدة الإجارة (العقد ، فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح) العقد ، لأنها مدة

يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد ، (سواء كانت العين) المؤجرة (مشغولة وقت العقد بإجارة أو رهن ، أو غيرهما إذا أمكن التسليم عند وجوبه ، أو لم تكن مشغولة) لأنه إنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد .

(فلا تصح إجارة) أرض (مشغولة بغراس أو بناء للغير وغيرهما) إلا أن يأذن مالك الغراس أو البناء ، فينبغي القول بالصحة ، وإذا كان الشاغل لا يدوم ، كالزرع ونحوه ، أو كان الشغل بما يمكن فصله عنه كبيت فيه متاع ، أو مخزن فيه طعام ونحوه ، جازت إجارته لغيره وجهاً واحداً ، قاله ابن عبد الهادي في جمع الجوامع .

(تتمة) : لو كانت مشغولة في أول المدة ثم خلت في أثنائها ، فقال ابن نصر الله : يتوجه صحتها فيما خلت فيه من المدة بقسطه من الأجرة ، ويثبت الخيار ، بناء على تفريق الصفقة ، وكذا يتوجه فيما إذا تعذر تسليمها في أول المدة ثم أمكن في أثنائها ، (ولو أجره إلى ما يقع اسمه على شيئين كالعيد) عيد فطر وأضحى ، (وجمادي) أولى وثانية ، (وربيع) أول وثاني (لم يصح) العقد للجهالة ، (فلا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحى كمن هذه السنة أو من سنة كذا ، وكذا جمادي) لا بد من تعيينه ، الأولى أو الثانية من هذه السنة أو سنة كذا ، (و) كذا (نحوه) كربيع لا بد من تعيينه وتعيين سنته ، (وتقدم) ذلك (في السلم) بأوضح من هذا . (وإن علقها) أي الإجارة (بشهر مفرد كرجب ، فلا بد أن يبين من أي سنة) .

(و) إن علقها (بيوم) فـ (ـلا بد أن يعينه من أي أسبوع) دفعاً للإبهام ، (وليس لوكيل مطلق الإيجار مدة طويلة ، بل العرف كسنتين ونحوهما) كثلاث سنين ، قاله في شرح المنتهى ، (قاله الشيخ) لأن المطلق يحمل على العرف . (وإذا أجره في أثناء شهر مدة لا تلي العقد ، فلا بد من ذكر ابتدائها كانتهائها) ليحصل العلم بها ، (وإن كانت) المدة (تليه) أي العقد (لم يحتج إلى ذكره) أي الابتداء . (ويكون) ابتداؤها (من حين العقد ، وكذا إن أطلق ، فقال : أجرتك شهراً، أو سنة، أو نحوهما) كأسبوع، فيصح ، ويكون ابتداؤها من حين العقد لقصة شعيب ، وكمدة السلم ، اختاره في المغنى ، ونصره في الشرح . والمذهب : لا يصح ، نص عليه لأنه مطلق فافتقر إلى التعيين ، (وإذا أجره سنة هلالية في أولها ، عد) المستأجر (اثنى عشر شهراً بالأهلة ، سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً) لأن الشهر ما بين الهلالين ، (وكذلك إن كان العقد على أشهر) معلومة في ابتداء الشهر ، فيستوفيها بالأهلة ، تامة كانت، أو ناقصة، أو مختلفة ، (وإن كان) العقد (في أثناء شهر استوفى شهراً بالعدد ثلاثين) يوماً (من

أول المدة وآخرها : نص عليه في النذر) لأنه قد تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد ، (و) يستوفي (باقيها بالأهلة) لأنه أمكن استيفاؤها بالأهلة ، وهي الأصل ، (وكذا حكم ما تعتبر فيه الأشهر كعدة وفاة ، وشهري صيام الكفارة ، ومدة الخيار وغير ذلك) كأجل ثمن وسلم ، لأنه ساوى ما تقدم معنى . قال الشيخ تقي الدين : إلى مثل تلك الساعة ، (وإذا استأجر سنة ، أو سنتين ، أو شهراً ، لم يحتج إلى تقسيط الأجرة على كل سنة) فيما إذا استأجر سنتين ونحوهما ، (أو شهر) فيما إذا استأجر سنة ، (أو يوم) فيما إذا استأجر شهراً ونحوه .

(القسم الثاني من أقسام الإجارة)

(القسم الثاني : إجارتها) أي العين (لعمل معلوم ، كإجارة دابة) معينة، أو موصوفة في الذمة (للركوب إلى موضع معين ، أو يحمل عليها) شيئاً معلوماً (إليه) أي إلى محل معين ، (فإذا أراد) المستأجر (العدول إلى مثله) أي مثل المكان الذي استأجر إليه (في المسافة والحزونة) أي الغلاظة ، (و) هي ضد (السهولة ، والأمن، أو) كانت (التي يعدل إليها أقل ضرراً جاز) لأن المسافة عينت ليستوفى منها المنفعة ، ويعلم قدرها بها ، فلم تتعين ، كنوع المحمول والراكب . قال في المغني : ويقوى عندي أنه متى كان للمكري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول إلى غيرها ، مثل أن يكرى جماله إلى مكة ليحج معها ، فلا يجوز أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرى جماله جملة إلى بلد ، لم يجز للمستأجر التفريق بينها ، بالسفر ببعضها إلى جهة وباقيها إلى جهة أخرى ، (وإن سلك) المستأجر (أبعد منه) أي من المكان الذي استأجر إليه) أو (سلك) أشق منه ، (فـ) ـعليه المسمى ، و(أجرة المثل للزائد) لتعديه به ، (ويأتي قريباً ، وإن اكترى ظهراً) ليركبه (إلى بلد ركبه إلى مقره) من البلد ، (ولو لم يكن) مقره (في أول عمارته) لأنه العرف . قلت : إن دلت قرينة على ذلك ، كمن معه أمتعة ونحوها ، فواضح ، وإلا فمحله إن لم يكن للدواب موقف معتاد كموقف بولاق ومصر القديمة ونحوهما ، (و) تصح (إجارة بقر لحرث مكان) لأنها خلقت له وقد أخرجاه في الصحيحين ، (أو) إجارتها لـ (ـدياس زرع) لأنها منفعة مباحة مقصودة كالحرث ، (أو استئجار آدمي) حر أو قن (ليدله على الطريق) لأن النبي ﷺ وأبا بكر « اسْتَأْجَرَا عَبْدَ اللهِ بنَ الأُرَيْقِطِ هَادِياً خِرِيتاً » [1] ، وهو الماهر بالهداية ، ليدلهما على الطريق إلى المدينة ، (أو) استئجار (رحى لطحن قفزان معلومة) لأنه منفعة مقصودة .

---

(١) راجع صحيح البخاري ، كتاب بدء الخلق ، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة .

(ويشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف) لأن العمل إذا لم يكن معروفاً مضبوطاً بما ذكر يكون مجهولاً ، فلا تصح الإجارة معه ، لأن العمل هو المعقود عليه ، فاشترط معرفته وضبطه كالمبيع ، (ولا تعرف الأرض التي يريد حرثها إلا بالمشاهدة) لاختلافها بالصلابة والرخاوة .

(وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين : إما بالمدة كيوم ، وإما بمعرفة الأرض كهذه القطعة ، أو) بقوله : (تحرث من هنا إلى هنا ، أو بالمساحة كجريب أو جريبين ، أو كذا ذراعاً في كذا) ذراع .

(فإن قدره) أي الحرث (بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها) لأن الغرض يختلف باختلافها ، (ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها ، وأن يستأجرها مع صاحبها) ، و(أن يستأجرها) بآلتها وبدونها (أي بدون آلة) ، وكذا استئجار البقر وغيرها لدياس الزرع ، واستئجار غنم لتدوس له طيناً أو زرعاً) معيناً أو موصوفاً ، فإن قدره بالمدة فلا بد من معرفة الحيوان الذي يدوس به ، لأن الغرض يختلف بقوته وضعفه ، وإن كان على عمل غير مقدر بمدة احتاج إلى معرفة جنس الحيوان ، لأن الغرض يختلف فمنه ما روثه طاهر ، ومنه ما هو نجس ، ولا يحتاج إلى معرفة عينه ، (وإن اكترى حيواناً لعمل لم يخلق له ، كبقر لركوب ، وإبل وحمر للحرث ، جاز) لأنها منفعة مقصودة ، أمكن استيفاؤها من الحيوان ، لم يرد الشرع بتحريمها ، فجاز كالتي خلقت له ، وقولها : « إنما خلقت للحرث » أي معظم نفعها ، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر .

(وإن استأجر دابة لإدارة الرحى ، اعتبر معرفة الحجر بمشاهدة أو صفة) لأن الغرض يختلف بكبره وصغره . (و) اعتبر أيضاً (تقدير العمل) إما بالمدة كيوم أو يومين ، أو إناء الطعام ، كقفيز أو قفيزين ، (و) اعتبر أيضاً (ذكر جنس المطحون إن كان) المطحون (يختلف) بالسهولة وضدها لزوال الجهالة ، (وإن اكتراها) أي الدابة (لإدارة دولاب ، فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلائه) لأنها تختلف ، (وتقدير ذلك بالزمن ، أو ملء الحوض ، وكذلك إن اكتراها للسقي بالغرب) -بفتح الغين وسكون الراء- دلو كبير معروف ، (فلا بد من معرفته ، ويقدر) السقي (بالزمان) كيوم ، وأسبوع ، (أو بعدد الغروب، أو بملء بركة) ، و (لا) يصح تقديره (بسقي أرض) لأنه لا ينضبط، (وإن قدره) أي السقي (بشرب ماشية جاز ، لأن شربها يتقارب في الغالب ، كـ) مما يجوز تقديره (ببل تراب معروف) لهما لأنه معلوم بالعرف .

(وإن استأجر دابة ليستقي عليها ، فلا بد من معرفة الآلة التي يستقي فيها ، من راوية ، أو قرب ، أو جرار ، إما بالرؤية أو بالصفة) لأنها تختلف ، (ويقدر العمل بالزمان) كيوم وشهر ، (أو بالعدد ، أو بملء شيء معين ، فإن قدره) أي العمل (بعدد المرات ، احتاج إلى معرفة المكان الذي يستقي منه ، و) معرفة (المكان الذي يذهب إليه) بالماء ليصبه فيه ، (ومن اكترى زورقاً) هو نوع من السفن ، (فزواه مع زورق له فغرقا ، ضمن ، لأنها مخاطرة لاحتياجها إلى المساواة ، ككفة الميزان ، كما لو اكترى ثوراً لاستقاء ماء فجعله فداناً) أي قرنه بثور آخر ، (لاستقاء الماء فتلف ، ضمن) لأنها مخاطرة ، (وكل موضع وقع) العقد على مدة ، فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه) لأنه يختلف في القوة والضعف ، والغرض يختلف باختلافه ، (وإن وقع) العقد (على عمل معين لم يحتج إلى ذلك) أي إلى معرفة الظهر الذي يعمل عليه ، لأن القصد والعمل حيث ضبطا حصل المطلوب ، (وإن استأجر رحى لطحن قفزان معلومة ، احتاج إلى معرفة جنس المطحون) فيعينه (براً ، أو شعيراً ، أو ذرة ، أو غير ذلك ، لأن ذلك يختلف) وتقدم ، (ويجوز استئجار كيال ، ووزان) وعداد ، وذراع ، ونقاد ونحوه (لعمل معلوم ، أو في مدة معلومة) لأنه نفع مباح مقصود .

(و) يجوز (استئجار رجل ليلازم غريماً يستحق ملازمته) لأن الظاهر أنه بحق ، فإن الحاكم في الظاهر لا يحكم إلا بحق ، لكن قال الإمام في رواية الفضل بن زياد : غير هذا أعجب إليّ . قال في المغني : كرهه لأنه يؤول إلى الخصومة ، وفيه تضييق على مسلم ، ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده على ظلمه .

(ويجوز) الاستئجار (لحفر الآبار والأنهار والقني ، ولا بد من معرفة الأرض التي يحفر فيها) لأن الأرض تختلف بالصلابة وضدها ، (وإن قدره) أي الحفر (بالعمل ، فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة ، لكونها) أي الأرض (تختلف بالصلابة والسهولة، و) لا بد أيضاً من (معرفة دور البئر، وعمقها، وآلتها إن طواها) أي بناها ، (و) لا بد من معرفة (طول النهر، وعرضه، وعمقه) لأنه يختلف ، (وإن حفر بئراً) استؤجر لحفرها ، (فعليه شيل ترابها منها) أي البئر لأنه لا يمكنه الحفر إلا به ، فقد تضمنه العقد ، (فإن تهور) فيهما (تراب من جانبهما ، أو سقطت فيه) أي في المحفور من بئر أو نهر (بهيمة أو نحو ذلك) فانهال بها تراب (لم يلزمه) أي الأجير (شيله) أي التراب ، (وكان) شيله (على صاحب البئر) إن أراد تنظيفها ، لأنه سقط فيها من ملكه ، ولم يتضمن عقد الإجارة رفعه ، (وإن وصل) الأجير في الحفر (إلى صخر أو ماء يمنع الحفر ، لم يلزمه حفره ، لأن ذلك) الصخر أو نحوه (مخالف لما شاهده من

الأرض ، فإذا ظهر فيها) أي الأرض (ما يخالف المشاهدة كان له) أي الأجير (الخيار في الفسخ) والإمضاء كخيار العيب في المبيع ، (فإن فسخ) الأجير (كان له من الأجر بحصة ما عمل) لأن المانع من الإتمام ليس من قبله ، (فيسقط الأجر) المسمى (على ما بقي) من العمل ، (و) على (ما عمل) الأجير ، (فيقال : كم أجر ما عمل ؟ وكم أجر ما بقي ؟ فيقسط الأجر المسمى عليهما) ، فإذا فرضنا أن أجر ما عمل عشرة وما بقي خمسة عشر ، فله خمسان ، (ولا يجوز تقسيطه) أي الأجر (على عدد الأذرع ، لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك) أي نقل التراب (فيه) هذا ما جزم به في المغني والمبدع وغيرهما خلاف ما ذكره في أوائل الباب تبعاً للرعاية ، (وإن نبع منه) أي المحفور من بئر أو نهر (ما منعه) أي الأجير (من الحفر فكالصخرة) له الفسخ ، ويقسط المسمى على ما عمل وما بقي ، ويأخذ بالقسط .

(ويجوز استئجار ناسخ) ينسخ له كتب فقه، أو حديث، أو شعراً، مباحاً أو سجلات نص عيه ، ولا بد من تقديره بالمدة أو العمل ، (فإن قدره بالعمل ذكر عدد الورق ، وقدره وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ، و) ذكر (دقة القلم وغلظه ، فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز ، وإن أمكنه) ضبطه (بالصفة ذكره وإلا فلابد من المشاهدة) لأن الأجر يختلف باختلافه ، (ويصح تقدير الأجر بأجزاء الفروع وأجزاء الأصل) المنقول منه ، (وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز) لأنه عمل معلوم، (فإن أخطأ بالشيء اليسير) الذي جرت العادة به (عفى عنه) لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، (وإن كان كثيراً عرفاً) بحيث يخرج عن العادة ، (فهو عيب يرد به . قال ابن عقيل : ليس له) أي الأجير للنسخ (محادثة غيره حالة النسخ ، ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ، ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك الأعمال التي تختل بشغل السر والقلب ، كالقصارة والنساجة ونحوهما) لأن فيه إضراراً بالمستأجر .

(ويجوز أن يستأجر سمساراً ليشتري له) أي للمستأجر (ثياباً) لأنه منفعة مباحة كالبناء ، (فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح) العقد ، (وإن قال : كلما اشتريت ثوباً فلك درهم ، وكانت الثياب معلومة أو مقدرة بثمن ، جاز) وإلا فلا للجهالة ، (ويجوز أن يستأجره ليبيع له ثياباً بعينها) لأنه نفع مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم ، فجازت الإجارة عليه كشراء الثياب (ونحوه) أي نحو ما ذكر من المنافع المباحة المقصودة المعلومة .



(فصل في الضرب الثاني من أضرب الإجارة)

(عقد على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف مضبوط بصفات ، كالسلم فيشترط تقديرها بعمل أو مدة كخياطة ثوب، وبناء دار، وحمل إلى موضع معين) ليحصل العلم بالمعقود عليه ، (ويلزم) الأجير (الشروع فيه) أي فيما استؤجر (عقب العقد) لجواز مطالبته به إذن ، (فلو ترك) الأجير (ما يلزمه بلا عذر فتلف) . قال الشيخ بسببه (ضمن) ما تلف بسببه ، (ولا يجوز أن يكون الأجير فيها إلا آدمياً) لأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير الآدمي (جائز التصرف) لأنها معاوضة لعمل في الذمة. فلم تجز من غير جائز التصرف ، (ويسمى الأجير المشترك) لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة فتكون منفعته مشتركة بينهم ، (وهو) أي الأجير المشترك (من قدر نفعه بالعمل) بخلاف الأجير الخاص فنفعه مقدر بالزمن وتقدم ، (ولا يصح الجمع بين تقدير المدة والعمل) ، وفي بعض النسخ على شيء (كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم) لأن الجمع بينهما يزيد الإجارة غرراً لا حاجة إليه ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء اليوم ، فإن استعمل في بقيته فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعضه فهذا غرر أمكن التحرز منه ، ولم يوجد مثله في محل الوفاق، فلم يجز العقد معه .

(ويصح) الجمع بين تقدير المدة والعمل (جعالة) لأنه يغتفر فيها ما لا يغتفر في الإجارة ، فإذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها ، كقضاء الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل ، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل فقط ، كالمسلم إذا صبر عند التعذر ، وإن فسخ قبل العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل بعضه فإن كان الفسخ من الجاعل فللعامل أجر مثله ، وإن كان من العامل فلا شيء له . هذا مقتضى كلامهم لكن لم أره صريحاً .

(ويحرم ولا تصح إجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة وهو المسلم ولا يقع) ذلك العمل (إلا قربة لفاعله كالحج أي النيابة فيه) أي في الحج (والعمرة والأذان ونحوها ، كإقامة وإمامة صلاة ، وتعليم قرآن وفقه حديث ، وكذا القضاء ، قاله ابن حمدان) لما روى عبادة قال : « عَلَّمْتُ نَاساً مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ القُرْآنَ فَأَهْدَى لِي رَجُلٌ مِنْهُم قَوْساً ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : إِنْ سَرَّكَ أَنْ يُقَلِّدَكَ اللهُ قَوْساً مِنْ نَارٍ

فَاقْبَلْهَا»[1] رواه أبو داود بمعناه . وعن أبي بن كعب : « أنَّهُ عَلَّمَ رَجُلاً سُورَةً مِنَ القُرْآنِ فَأَهْدَى لَهُ خَمِيصَةً أَوْ ثَوْباً ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : إِنَّكَ لَوْ لَبِسْتَهَا أَلْبَسَكَ اللهُ مكانها ثَوْباً مِنْ نَارٍ » رواه الأثرم ، ولأن من شرط هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى، فلم يجز أخذ الأجرة ، كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه .

(ويصح أخذ جعالة على ذلك ، كـ) ـما يجوز (أخذه) عليه (بلا شرط ، وكذا) حكم (رقية) لحديث أبي سعيد الخدري[2] ، وأما حديث القوس والخميصة فقضيتان في عين ، فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصاً ، فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك ، قاله في المغنى ، على أن أحاديثهما لا تقاوم حديث أبي سعيد ، ففي إسنادهما مقال .

(وله أخذ رزق على ما يتعدى نفعه) كالقضاء والفتيا والأذان والإمامة ، وتعليم القرآن والفقه والحديث ونحوها ، (كـ) ـما يجوز أخذ (الوقف على من يقوم بهذه المصالح) المتعدى نفعها ، لأنه ليس بعوض ، بل القصد به الإعانة على الطاعة ، ولا يخرجه ذلك عن كونه قرب ، ولا يقدح في الإخلاص ، لأنه لو قدح ما استحقت الغنائم (بخلاف الأجر) فيمتنع أخذه على ذلك لما تقدم .

(وليس له أخذ رزق ، و) لا (جعل ، و) لا (أجر على ما لا يتعدى) نفعه (كصوم وصلاة خلفه) بأن أعطى لمن يصلي مأموماً معه جعلا ، أو أجرة ، أو رزقاً ، (وصلاته لنفسه، وحجه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه ونحوه) كاعتكافه وطوافه عن نفسه، لأن الأجر عوض الانتفاع ، ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع ، فأشبه إجارة الأعيان التي لا نفع فيها ، (ولا) يصح (أن يصلي عنه) ، وفي نسخ : عن (غيره فرضاً ولا نافلة في حياته ، ولا في مماته) لأن الصلاة عبادة بدنية محضة ، فلا تدخلها النيابة بخلاف الحج ، وتقدم أن ركعتي الطواف تدخل تبعاً ، وتقدم في آخر الصوم : من مات وعليه نذر صلاة ونحوه ، ولا يعارض هذا ما تقدم في أواخر الجنائز : كل قربة فعلها مسلم وجعل ثوابها لحي أو لميت نفعه ، لأن الصلاة ونحوها ليست واقعة عن الغير ، بل

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود وفي السنن : ٣/٢٦٢ ، كتاب الإجارة ، باب في كسب المعلم ، الحديث (٣٤١٦) .

(٢) حديث أبي سعيد الخدري أخرجه أحمد في المسند : ٥/ ٢١٠ - ٢١١ ، وأبو داود وفي السنن، كتاب البيوع ، باب في كسب الأطباء ، الحديث (٣٤٢٠) ، وفي كتاب الطب ، باب كيف الرقي ، الحديث (٣٨٩٦) ، وعزاه للنسائي المنذري في مختصر سنن أبي داود : ٥/٧٣ .

للفاعل وثوابها للمفعول عنه على ما تقدم ، (فإذا وصى بدراهم لمن يصلي عنه تصدق بها عنه) أي الميت (لأهل الصدقة) تحصيلاً لغرضه في الجملة .

(وتجوز الإجارة على ذبح الأضحية والهدى ، كتفرقة الصدقة ولحم الأضحية) ولحم الهدى ، لأن ذلك عمل لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة لصحته من الذمي .

(وتصح) الإجارة (على تعليم الخط، والحساب، والشعر المباح، وشبهه) لأنه تارة يقع قربة وتارة يقع غير قربة ، فلم يمنع الاستئجار لفعله ، كغرس الأشجار وبناء البيوت، (فإن نسيه) أي ما تعلمه من شعر وحساب ونحوه (في المجلس أعاد تعليمه) لأنه مقتضى العرف ، (وإلا) بأن نسيه بعد المجلس ، (فلا) يلزمه إعادته لأنه ليس مقتضى العقد .

(وتصح) الإجارة (على بناء المساجد، وكنسها، وإسراج قناديلها، وفتح أبوابها ونحوه) كتجميرها، (وعلى بناء القناطر ونحوها) كالربط، والمدارس، والخوانك لما تقدم، (وإن استأجره ليحجمه صح ، ك) ـما لو استأجره لـ (ـفصد) لما روى ابن عباس : قال : «احْتَجَمَ النَّبِيُّ ﷺ وأَعْطى الحَجّامَ أجْرَهُ ، ولَوْ عَلِمَهُ حَرَاماً لَمْ يُعْطِهِ » [1] متفق عليه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة ، فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، ولأن بالناس حاجة إليها ولا يجد كل أحد متبرعاً بها ، فجاز الاستئجار عليها كالرضاع ، (ويكره للحر أكل أجرته ، كـ) ـما يكره للحر ، (أخذ) أي أكل (ما أعطاه) المحتجم (بلا شرط ويطعمه الرقيق والبهائم لقوله ﷺ : « كَسْبُ الحَجّامِ خَبِيثٌ»[2] متفق عليه . وقال : « أطْعِمْهُ ناضِحَكَ ورَقِيقَكَ » [3] رواه الترمذي وحسنه . فدل على إباحته ، إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله ، فإن الرقيق آدمي يمنع مما يمنع منه الحر ، ولا يلزم من تسميته خبيثاً التحريم ، فإنه ﷺ قد سمى البصل والثوم

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الطب ، باب السعوط ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب حل أجرة الحجامة .

(٢) ، (٣) الحديث ليس بمتفق عليه ، وهو من رواية محيصة بن مسعود رضي الله عنه ، أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ٢/١٦٦ ، كتاب الإجارات ، الحديث (٥٧٧) ، وأحمد في المسند : ٥/٤٣٥ - ٤٣٦ في مسند محيصة بن مسعود رضي الله عنه ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع والإجارة ، باب في كسب الحجام ، الحديث (٣٤٢٢) ، والترمذي في السنن : ٣/٥٧٥ ، كتاب البيوع، باب ما جاء في كسب الحجام ، الحديث (١٢٧٧) ، وقال : « حسن صحيح » ، وابن ماجة في السنن : ٢/٧٣٢ ، كتاب التجارات ، باب كسب الحجام ، الحديث (٢١٦٦) ، وأقول أن النواضح هي الإبل التي يستقي عليها واحدها ناضح (راجع النهاية لابن الأثير في غريب الحديث ، مادة نضح).

خبيثين مع إباحتهما ، وخص الحر بذلك تنزيهاً له ، (ويصح استئجاره لحلق الشعر) المطلوب أو المباح أخذه ، (و) لـ (ـتقصيره ولختان وقطع شيء من جسده للحاجة إليه) أي إلى قطعه لنحو أكله ، لأن ذلك منفعة مباحة مقصودة ، ولا يكره أكل أجرته، وقوله ﷺ : « كَسْبُ الْحجّام خَبِيثٌ » يعني بالحجامة كما نهى عن مهر البغي ، وكما لو كسب بصناعة أخرى ، (ومع عدمها) أي عدم الحاجة إلى قطع شيء من جسده (يحرم) القطع ، (ولا يصح) الاستئجار له ، لما تقدم أن المنع الشرعي كالحسي . قلت : ومثله حلق اللحية ، فلا يصح الاستئجار له ، (ويصح أن يستأجر) الأرمد (كحالاً ليكحل عينيه) لأنه عمل جائز يمكن تسليمه ، (ويقدر ذلك بالمدة) دون البرء ، لأنه غير معلوم (ويحتاج إلى بيان عدد ما يكحله كل يوم) فيقول : (مرة أو مرتين ، فإن كحله في المدة فلم يبرأ استحق الأجرة) لأنه وفى بالعمل ، (وإن برئ) الأرمد (في أثنائها) أي المدة (انفسخت الإجارة فيما بقي) من مدة الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه ، (وكذا لو مات) الأرمد في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي لما مر ، ويستحق من الأجرة بالقسط ، (فإن امتنع المريض من ذلك) أي من إتمام الكحل (مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجرة بمضي المدة) لأن الإجارة عقد لازم . وقد بذل الأجير ما عليه ، (فإن قدرها) أي المدة (بالبرء لم يصح) ذلك (إجارة ولا جعالة) لأنه مجهول لا ينضبط ، (ويأتي) أيضاً (في الجعالة ، ويصح أن يستأجر) المريض (طبيباً لمداواته والكلام فيه كالكلام في الكحال ، إلا أنه لا يصح اشتراط الدواء على الطبيب) بخلاف الكحل يصح اشتراطه على الكحال ، ويدخل تبعاً للحاجة إليه ، وجرى العادة به في الكحيل دون الدواء ، ويملك الأجرة ولو أخطأ في تطبيبه ، ذكره ابن عبد الهادي في جمع الجوامع قال: ويلزمه ما العادة أن يباشره من وصف الأدوية وتركيبها وعملها ، فإن لم يكن عادته تركيبها لم يلزمه ، ويلزمه أيضاً ما يحتاج إليه من حقنة وفصد ونحوهما إن شرط عليه أو جرت العادة أن يباشره وإلا فلا .

(ويصح أن يستأجر من يقلع له ضرسه) عند الحاجة إلى قلعه ، (فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه) لأنه جناية ولا فرق في ضمانها بين العمد والخطأ إلا في القصاص وعدمه ، (وإن برئ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة) لأن قلعه لا يجوز ، (ويقبل قوله) أي المريض (في برئه) أي الضرس لأنه أدرى به ، (وإن لم يبرأ) الضرس (لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر) على قلعه ، لأنه إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل ، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ونفعه وقدر ألمه .

(فصل في تقدير المنفعة)

ويعتبر كون المنفعة المعقود عليها (للمستأجر ، فلو اكترى دابة لركوب المؤجر لم يصح) العقد ، لئلا يلزم تحصيل الحاصل ، لأن المنفعة ملك للمؤجر قبل العقد عليها ، فلو صح استئجارها له لزم تمليكه ما هو في ملكه ، وإذا استأجر لنفسه كان له إعارتها للمؤجر كغيره ، (وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله بإعارة أو غيرها) لأنه ملك المنفعة بالعقد ، فكان له التسلط على استيفائها بنفسه ونائبه ، (ولو شرط عليه) أي المستأجر (استيفاءها) أي المنفعة (بنفسه فسد الشرط ، ولم يلزم الوفاء به) لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، إذ مقتضاه الملك ، ومن ملك شيئاً استوفاه بنفسه وبنائبه ، (ويعتبر كون راكب مثله) أي المستأجر أو دونه (ـ في طول وقصر وغيرهما) كسمن وهزال ، لأن العقد اقتضى استيفاء المنفعة المقدرة بذلك الراكب ، لا بأطول أو أثقل منه ، ولأنه أكثر مما عقد عليه ، و(لا) تعتبر مماثلته (في معرفة ركوب) لأن التفاوت فيه يسير ، (ومثله) أي مثل شرط استيفاء المنفعة بنفسه في الفساد (شرط زرع بر فقط) فلا يلزم الوفاء به وله زرع ما هو مثله ضرراً أو أقل ، لا أكثر ، (ولا يضمنها مستعير منه) أي المستأجر (إن تلفت من غير تفريط) لأنه قام مقام المستأجر في الاستيفاء ، فكان حكمه كالمستأجر في عدم الضمان ، لأن يده كيده ، (ويأتي) ذلك في العارية أيضاً .

(ولا يجوز) للمستأجر ولا نائبه (استيفاء) المنفعة (بما هو أكثر ضرراً ولا بما يخالف ضرره) أي المستوفى (ضرره) أي المعقود عليه ، (وله أن يستوفي المنفعة ومثلها وما دونها في الضرر من جنسها) أي جنس المنفعة المعقود عليها ، لا من غير الجنس ، لأنه لم يملكه ، (وإذا اكترى لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه) كالباقلاء والعدس ونحوه ، مما هو مثل البر في الضرر أو دونه ، (وليس له زرع الدخن والذرة ونحوهما) كقطن وقصب ، لأن ذلك أكثر ضرراً من البر ، (ولا يملك الغرس ولا البناء) في الأرض التي استأجرها للزرع ، لأنهما أكثر ضرراً منه ، (وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر) أي إذا اكترى الأرض للغرس لم يملك البناء ، أو استأجرها للبناء لم يملك الغرس ، لأن ضرر كل واحد منهما يخالف ضرر الآخر ، لأن الغرس يضر بباطن الأرض ، والبناء يضر بظاهرها ، (وإن اكتراها للغرس) ملك الزرع ، لأن ضرره أقل من ضرر الغرس ، وهو من جنسه ، (أو) اكتراها لأجل (البناء) ملك الزرع ، كما لو استأجرها للغرس ، قدمه في الرعاية الكبرى . وقال في المغني وشرح المنتهى : وإن اكتراها للبناء لم يكن له الزرع ، وإن كان أخف ضرراً ، لأنه ليس من جنسه ، (أو) اكتراها (لهما) أي للغرس والبناء (ملك الزرع) لأنه أخف ضرراً .

(ولا تخلو الأرض من قسمين ، أحدهما : أن يكون لها ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه) كالأراضي التي تشرب من النيل والفرات ونحوهما ، (أو) لها ماء (لا ينقطع إلا مدة لا تؤثر في الزرع ، أو) تشرب (من عين تنبع، أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها الماء ثم تسقى به ، أو) تشرب (من بئر تقوم بكفايتها ، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض وقرب الماء الذي تحت الأرض ، فهذا كله دائم ، ويصح استئجاره أي هذا القسم من الأرض (للغراس والزرع) . قال في المغني : بغير خلاف علمناه ، (وكذلك التي تشرب من مياه الأمطار ، وتكتفي بالمعتاد منه) لأن حصوله معتاد ، والظاهر وجوده .

القسم (الثاني : أن لا يكون لها ماء دائم ، وهي نوعان ، أحدهما : ما يشرب من زيادة معتادة تأتي وقت الحاجة ، كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل ؛ وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر) قال في مختصر الصحاح: الجزر ضد المد ، وهو رجوع الماء إلى خلف ، (وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردي) بفتحات ، (وما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر) المعتاد ، (فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به) لأن حصوله معتاد . والظاهر وجوده ، ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته كاف في صحة العقد ، كالسلم في الفاكهة إلى أوانها .

(النوع الثاني : أن يكون مجيء الماء) إليها (نادراً أو غير ظاهر كالأرض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده، أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادراً ، أو) يكون شربها (من زيادة) غير معتادة ، بل (نادرة في نهر) أو غير غالبة، قاله في المغني ، من نيل أو غيره ، (فهذه إن أجرها بعد وجود ما يسقيها به صح) العقد ، لأنها مشتملة على النفع المقصود منها ، (و) إن أجرها (قبله) أي قبل وجود ما يسقيها للزرع أو الغرس ، (لا يصح) العقد ، لأن الأرض لا تنبت الزرع أو الغرس بلا ماء ، وحصوله غير معلوم ولا مظنون . فأشبهت السبخة إذا أوجرت للزرع ، (وإن اكتراها على أنها لا ماء لها صح ، لأنه يتمكن بالانتفاع منها بالنزول فيها وغير ذلك) كوضع رحله وجمع الحطب . قلت : وهذا معنى استئجار الأرض مقيلاً ومراحاً . وقال الشيخ تقي الدين : وما لم يرو من الأرض فلا أجرة له اتفاقاً : وإن قال في الإجارة : مقيلا ومراحاً وأطلق ، لأنه لا يرد عليه عقد كالبرية ، (وإن حصل لها ماء قبل) فوات زمن (زرعها فله زرعها) لأنه من منافعها الممكن استيفاؤها .

(وليس له أن يبني ولا يغرس) فيها ، لأن ذلك يراد للتأبيد ، وتقدير الإجارة بمدة يقتضي تفريغها عند انقضائها ، بخلاف ما إذا صرح بالغراس والبناء ، فإن تصريحه

صرف التقدير عن مقتضاه ، وكذا لو أطلق مع علمه بحالها ، لا إن ظن إمكان تحصيله، (وإن اكترى دابة للركوب أو الحمل ، لم يملك الآخر) لأن ضرر كل منهما مخالف لضرر الآخر ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته ، لكن يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر ، والمتاع يتفرق على جنبيه ، لكن لا حركة له يعين بها الظهر ، (وإن اكتراها ليركبها عرياً لم يجز أن يركبها بسرج) لأنه زيادة عما عقد عليه ، (وإن اكتراها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عرياً) لأنه يحمي ظهرها ، فربما أفسده ، (و) إن استأجرها ليركبها بسرج ، (لا) يركبها بسرج أثقل منه (لأنه زيادة عن المعقود عليه) ، (ولا أن يركب الحمار بسرج برذون إن كان أثقل من سرجه أو أضر) لما تقدم (لا إن كان أخف أو أقل ضرراً) من سرجه ، وكان الصواب أن يقول : أخف وأقل ضرراً ، كما في المغني : إذ أحدهما ليس بكاف، (وإن اكتراها لحمل الحديد، أو القطن، لم يملك حمل الآخر) لاختلاف ضررهما ، لأن القطن يتجافى ، وتهب فيه الريح فيتعب الظهر . والحديد يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه ، (وإن أجره مكاناً ليطرح فيه أردب قمح فطرح فيه أردبين ، فإن كان الطرح على الأرض فلا شيء له) للزائد ، لأن ذلك لا يضر بالأرض ، (وإن كان) الطرح (على غرفة ونحوها لزمه أجرة المثل للزائد) لتعديه به ، وإن (اكتراه ليطرح فيه ألف رطل قطن ، فطرح فيه ألف رطل حديد ، لزمه أجرة المثل) مقتضى التحقيق : أن يقال لزمه المسمى مع تفاوت أجرة المثل ، كما يدل عليه كلامه في المغني والمبدع ، ولما يأتي في قوله ، وإن خالف في شيء مما تقدم إلخ . . . ، وإن أجره الأرض ليزرعها ، أو يغرسها لم يصح ، لأنه لم يعين أحدهما ، وإن اكتراها للزرع مطلقاً (صح) أو قال : لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت ، صح (العقد ، وتقدم) وله أن يزرعها كلها ما شاء ، وأن يغرسها كلها ما شاء .

(قلت : وأن يزرع البعض ويغرس الباقي ، وإن أطلق وتصلح لزرع وغيره ، صح في الأصح ، (و) إن أطلق وتصلح للجميع، أو (قال : لتنتفع بها ما شئت، فله الزرع والغراس والبناء كيف شاء) قاله الشيخ تقي الدين ، ولا يعارضه ما سبق في الأرض التي لا ماء لها ، لأنه لم ينص في العقد على الانتفاع كيف شئت ، لكن يرد على ما إذا أطلق إلا أن يحمل ما تقدم على دلالة القرينة ، (وإن خالف في شيء مما تقدم) بأن استأجرها لشيء وخالف ، (ففعل ما ليس له فعله) بأن استأجرها للزرع فغرس ونحوه، لزمه المسمى مع تفاوت أجر المثل ، فيقال فيمن اكترى أرضا لزرع حنطة فزرعها قطناً : كم تساوي أجرتها مع الحنطة ؟ فيقال ، مثلاً : عشرة ، ومع القطن ؟ فيقال : مثلاً خمسة عشر ، فيأخذ ربها مع المسمى الخمسة ، نص عليه في رواية عبد الله ، لأنه لما عين

الحنطة لم تتعين ، فإذا زرع ما هو أكثر ضرراً فقد استوفى المنفعة وزيادة عليها ، فكان على المستأجر المسمى للمنفعة وأجرة المثل للتفاوت ، (أو سلك) المستأجر (طريقاً أشق مما عينها ، لزمه المسمى) في العقد (مع تفاوت أجر المثل) كما تقدم ، (ولا فيما إذا اكترى) ظهراً (لحمل حديد فحمل) عليه (قطناً وعكسه ، فإنه يلزم أجرة المثل) لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الإجارة وزيادة عليه ؛ بخلاف ما قبلها من المسائل ، قاله في المغني . وجزم به في التنقيح، وتبعه في المنتهى بأنه يلزمه المسمى مع تفاوت أجر المثل من غير استثناء .

(وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه) لزمه المسمى مع أجرة المثل للزائد ، (ولو) استأجرها (لركوبه وحده فأردف غيره) لزمه المسمى وأجرة المثل للرديف ، (أو) استأجر ليركب ، أو يحمل (إلى موضع فجاوزه فعليه المسمى وأجرة المثل للزائد) لأنه متعد به .

(وإن تلفت الدابة) المؤجرة ، وقد خالف المستأجر ففعل ما لا يجوز له (ضمن قيمتها) كلها لتعديه ، (سواء تلفت في الزيادة ، أو) تلفت (بعد ردها إلى المسافة) لأن يده صارت ضامنة بمجاوزة المكان ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد ، (ولو كانت) الدابة تلفت (في يد صاحبها) بأن كان معها ولم يرض بحمل الزائد على ما وقع عليه العقد ولا بمجاوزة المكان ، (ولو كانت بعد ردها إلى المسافة) لأن يده صارت ضامنة بمجاوزة المكان المعين في العقد ، لأن اليد للراكب وذي الحمل ، وسكوت ربها لا يدل على رضاه ، كما لو بيع متاعه وهو ساكت ، فإنه لا يمنعه الطلب به ، (إلا أن يكون له) أي للمستأجر (عليها) أي المؤجرة (شيء ، وتتلف في يد صاحبها بسبب غير حاصل من الزيادة) بأن افترسها سبع ، أو سقطت منه في هوة ، أو جرحها إنسان فماتت ، فإنه لا ضمان على المكتري ، لأنها لم تتلف في يد عادية ، (وإن كان) التلف (بسببها) أي الزيادة (كتعبها من الحمل) الذي زاد فيه ، (أو السير) الذي تجاوز فيه المسافة (فيضمن) المستأجر لأنها تلفت بسبب حاصل من تعديه ، (كتلفها تحت الحمل) الزائد (والراكب) المتعدي ، (وكمن ألقى حجراً في سفينة موقورة فغرقها) الحجر ، فإنه يضمن قيمتها وما فيها جميعه ، (فإن اكترى) إنسان (لحمل قفيزين ، فحملهما فوجدهما ثلاثة ، فإن كان المكتر تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك) أي بأنها ثلاثة ، (فكمن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه) يلزمه المسمى وأجرة المثل للقفيز الزائد ، (وإن كان المكري) أي الأجير (تولى كيله ، و) تولى (تعيينه ولم يعلم المكتري) أو علم ولم يأذن ، (فلا أجر له في حمل الزائد) لتعديه بحمله ،

(وإن تلفت دابته فلا ضمان) على المستأجر (لها) لأن تلفها بتعدي مالكها ، (وحكمه في ضمان الطعام) إذا تلف (حكم من غصب طعام غيره) فتلف يضمنه بمثله ، (وإن تولى ذلك) أي الكيل والتعبية (أجنبي ولم يعلما) أي المستأجر والأجير ، أو علما ولم يأذنا ، (فهو متعد عليهما ، عليه لصاحب الدابة الأجر ، ويتعلق به ضمانها) إن تلفت ، (وعليه لصاحب الطعام ضمان) مثل (طعامه) إن تلف ، (وسواء كاله) أي الطعام (أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة ، أو كان الذي كاله وعبأه وضعه على ظهر الدابة) أي فالحكم منوط بالكايل ، لأن التدليس منه لا ممن وضعه على ظهر الدابة .

★ ★ ★

(فصل فيما يلزم المؤجر)

ويلزم المؤجر مع الإطلاق ، أي إطلاق عقد الإجارة ، (وكل ما يتمكن به) المستأجر (من النفع مما جرت به عادة وعرف) عبارة المنتهى، أو عرف (من آلات وفعل) بيان لما (كزمام مركوب) وهو الذي يقود به ، (ولجامه ، ورحله ، وقتبه ، وحزامه ، وثفره - وهو الحياصة - والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بها ، وسرجه ، وإكافه) وهو البُرذعة ، (و) كـ (ـشد ذلك) أي ما ذكر من الأشياء السابقة (عليه) أي على المركوب ، (وتوطئة ، وشد الإحمال ، و) شد (المحامل) التي يركب فيها ، (والرفع والحط) ، لأن هذا هو العرف وبه ، يتمكن من المركوب ، (وقائد وسائق ، ولزوم البعير لينزل) الراكب (لصلاة الفرض) ولو فرض كفاية ، (لا) لينزل (لسنة راتبة) لأنها تصح على الراحلة بخلاف الفرض ، (و) لا لـ (أكل وشرب) لأنه يمكن فعلهما على الراحلة بلا مشقة ، (ويلزمه) أي المؤجر (حبسه) أي البعير (له) أي للمستأجر (لينزل لقضاء حاجة الإنسان) وهي البول والغائط ، (و) يلزمه أيضاً حبسه له لينزل لأجل (الطهارة ، ويدع البعير واقفاً حتى يفعل ذلك) أي يقضي حاجته ويتطهر ويصلي الفرض ، لأنه لا يمكنه فعل شيء من ذلك على ظهر الدابة ، ولا بد له منه ، بخلاف نحو أكل وشرب مما يمكنه راكباً ، (فإن أراد المكتري إتمام الصلاة فطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه) أي القصر ، لأنه رخصة ، (بل تكون) الصلاة (خفيفة في تمام) جمعا بين الفرضين .

(ويلزمه) أي المؤجر (تبريكه) أي البعير (لشيخ ضعيف ، وامرأة ، وسمين ، ونحوهم) ممن يعجز عن الركوب والنزول والبعير واقف (لركوبهم ونزولهم) لأنه

المعتاد لهم ، (و) يلزمه أيضاً تبريكه لمن عجز عن الركوب والنزول (لمرض ولو طارئاً) على الإجارة ، لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة ، قاله في المغني والشرح ، (فإن احتاجت الراكبة إلى أخذ يد، أو مس جسم ، تولى ذلك محرمها دون الجمال) لأنه أجنبي ، (ولا يلزمه) أي المؤجر (محمل ، ومحارة ، ومظلة ، ووطاء فوق الرحل ، وحبل قران بين المحملين والعدلين ، بل) ذلك (على المستأجر كأجرة دليل) إن جهلا الطريق، لأن ذلك كله من مصلحة المكتري وهو خارج عن الدابة وآلتها ، فلم يلزم المكري كالزاد . قال في القاموس : والمحمل كمجلس : شقتان على البعير يحمل فيهما العديلان . قال : والمظلة بالكسر والفتح : الكبير من الأخبية . (قال في الترغيب : وعدل قماش على مكر إن كانت) الإجارة (في الذمة . وقال الموفق : إنما يلزم المؤجر ما تقدم ذكره إذا كان الكري على أن يذهب معه المؤجر - أما إن كان على أن يسلم الراكب البهيمة ليركبها لنفسه ، فكل ذلك عليه) لأن الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها (انتهى ، وهو متوجه في بعض دون بعض ، والأولى أن يرجع في ذلك إلى العرف والعادة ، ولعله مرادهم) لقولهم أولاً : مما جرت به عادة أو عرف .

قلت : حتى لو سافر معها ينبغي أن لا يلزمه إلا ما هو العادة أو العرف ، لأنه يختلف باختلاف البلدان ، (فأما تفريغ البالوعة والكنيف وما حصل في الدار من زبل وقمامه ، فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة) لحصوله بفعله كقماشه . قال في الإنصاف : ويتوجه أن يرجع في ذلك إلى العرف ، (ويلزم مؤجر الدار تسليمها منظفة) من زبل وقمامة ، فارغة البالوعة والكنيف ، (و) يلزمه أيضاً (إزالة ثلج عن سطح) المؤجرة ، (و) عن (أرض) مؤجرة ، (ولو) كان الثلج (حادثاً) بعد الإجارة ، ليتمكن المستأجر من الانتفاع ، (ولا) يلزم المؤجر لمكان يستقي منه (حبل ، ودلو ، وبكرة) كمكر أرضاً لزرع ، فإن آلة الحرث ونحوها على المكتري .

(ويلزمه) أي المؤجر (مفاتيحها) أي المؤجرة (وتسليمها إلى مكتر) لأنه بها يتوصل إلى الانتفاع ويتمكن منه ، (وتكون) المفاتيح (أمانة) أي عند المكتري ، كالعين المؤجرة ، (فإن تلفت) المفاتيح (من غير تفريط ، فعلى المؤجر بدلها) ويكون أيضاً أمانة .

(ويلزمه) أي المؤجر (عمارتها) أي العين المؤجرة داراً كانت، أو حماماً، أو غيرهما (سطحاً وسقفاً بترميم) ما يحتاج إلى الترميم (بإصلاح منكسر ، وإقامة مائل ، وعمل باب ، وتطيين ونحوه) مما تدعو الحاجة إليه ، لأنه به يتوصل إلى الانتفاع ويتمكن منه، (فإن لم يفعل) المؤجر ذلك ، (فللمستأجر الفسخ) إزالة لما يلحقه من الضرر بتركه .

(ويلزمه) أي المؤجر (تبليط الحمام، وعمل أبوابه، وبركه، ومستوقده، ومجرى الماء) لأنه لا ينتفع به إلا بذلك ، (ولا يجبر) المؤجر (على تجديد) وتحسين وتزويق ، لأن الانتفاع ممكن بدونه ، (ولو شرط) مؤجر (على مكتري الحمام، أو الدار)، أو الطاحون ونحوها أن (مدة تعطيلها عليه) لم يصح ، لأنه لا يجوز أن يؤجره مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ، (أو) شرط المؤجر (أن يأخذ) المستأجر (بقدر مدة التعطيل بعد فراغ المدة) أي مدة الإجارة ، لم يصح ، لأنه يؤدي إلى جهالة مدة الإجارة ، (أو شرط) المؤجر (على المكتري النفقة الواجبة ، لعمارة المأجور) لم يصح ، لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة ، (أو جعلها) أي النفقة على المأجور (أجرة ، لم يصح) لأنها مجهولة ، (لكن لو عمر) المستأجر (بهذا الشرط ، أو) عمر (بإذنه) أي المؤجر (رجع) عليه (بما قال مكر) لأنه منكر ، ووضحه بقوله : (فإن اختلفا في قدر ما أنفقه) المكتري ؛ بأن قال : أنفقت مائة . وقال المكري : بل خمسين ، (ولا بينة) لأحدهما، (فالقول قول المكري) لأنه منكر ، (وإن أنفق) المستأجر (من غير إذنه لم يرجع بشيء) لأنه متبرع ، لكن له أخذ أعيان آلاته ، (ولا يلزم أحدهما) أي المؤجر والمستأجر تزويق ، ولا تجصيص ونحوهما) مما يمكن الانتفاع بدونه ، (بلا شرط) لأن الانتفاع لا يتوقف عليه ، (ولا يلزم الراكب الضعيف ، و) لا (المرأة المشي المعتاد عند قرب المنزل ، وكذا قوي قادر) على المشي فلا يلزمه ، لأنه ليس مقتضى العقد ، (لكن المروءة تقتضي ذلك إن جرت به) عادة أمثاله ، (ولو اكترى بعيراً إلى مكة ، فليس له الركوب إلى الحج أي إلى عرفة والرجوع إلى منى) لأنه زيادة على المعقود عليه ، (وإن اكترى) بعيراً (ليحج عليه ، فله الركوب إلى مكة ، و) الركوب (من مكة إلى عرفة، ثم) الركوب (إلى مكة) لطواف الإفاضة ، (ثم إلى منى لرمي الجمار) لأن ذلك كله من أعمال الحج .

وظاهره : أنه لا يركب بعد رمي الجمار إلى مكة بلا شرط ، لأن الحج قد انقضى ، (وإذا كان الكري إلى مكة ، أو) في (طريق لا يكون السير فيه إلى المتكاريين ، فلا وجه لتقدير السير فيه) لأن ذلك ليس إليهما ولا مقدوراً عليه لهما ، (وإن كان) الكري (في طريق السير فيه إليهما) أي المتكاريين (استحب ذكر قدر السير في كل يوم) قطعاً للنزاع ، (فإن أطلقا ، والطريق منازل معروفة ، جاز) لأنه معلوم بالعرف .

(ومتى اختلفا في ذلك) أي في قدر السير ، (أو) اختلفا (في وقت السير ليلاً، أو نهاراً ، أو) اختلفا (في موضع المنزل ، إما في داخل البلد ، أو) في (خارج منه ، حملا على العرف) لأن الإطلاق يحمل عليه ، وإن لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد،

لم يصح عند القاضي ، وقال الموفق : الأولى الصحة ، لأنه لم تجر العادة بتقدير السير. ويرجع إلى العرف في غير تلك الطريق .

(وإن شرط) المستأجر (حمل زاد مقدر ، كمائة رطل وشرط) المستأجر (أن يبدل منها ما نقص بالأكل أو غيره ، فله ذلك) لصحة الشرط ، (وإن شرط أن لا يبدله ، فليس له إبداله) عملاً بالشرط ، (فإن ذهب بغير الأكل ، كسرقة أو سقوط) ضاع به، (فله إبداله) أي إبدال ما سرق ، أو ضاع ، (وإن أطلق العقد) فلم يشترط إبدالاً ولا عدمه ، (فله إبدال ما ذهب بسرقة وأكل ولو معتاداً كالماء) لأنه استحق حمل مقدار معلوم ، فملكه مطلقاً ، وتقدم بعضه .

(ويصح كري العقبة ، بأن يركب شيئاً ويمشي شيئاً) لأنه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز في البعض ، (وإطلاقها يقتضي ركوب نصف الطريق) حملاً على العرف ، (ولا بد من العلم بها) أي العقبة (إما بالفراسخ) بأن يركب ميلاً ، أو فرسخاً ويمشي آخر ، (وإما بالزمان ، مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً) ، أو بالعكس ، أو يمشي يوماً ويركب يوماً ، فإن طلب) من استأجر ليركب يوماً ويمشي يوماً (أن يمشي ثلاثة أيام ويركب ثلاثة) أيام (لم يكن له ذلك) بغير رضا المؤجر (لأنه يضر بالمركوب) لتعب الراكب ، (فإن كان الراكب اثنين) بأن استأجرا جملاً يتعاقبان عليه جاز ، وكان (الاستيفاء إليهما على ما يتفقان عليه) لأن الحق لا يعدوهما ، (فإن تشاحا في البادي بالركوب) منهما (قرع) بينهما ، لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر ، فتعينت القرعة، وإن تشاحا في الركوب قسم بينهما ، لكل واحد منهما فراسخ معلومة ، أو لأحدهما الليل وللآخر النهار ، وإن كان لذلك عرف رجع إليه .

★ ★ ★

(فصل في لزوم الإجارة)

والإجارة عقد لازم من الطرفين ، لأنها عقد معاوضة كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم (يقتضي) عقدها (تملك المؤجر الأجرة ، و) تمليك المستأجر (المنافع) كالبيع ، فـ (ليس لأحدهما فسخها بعد انقضاء الخيار) أي خيار المجلس ، أو الشرط (إن كان) خيار على ما تقدم تفصيله في باب الخيار (إلا أن يجد) المستأجر (العين معينة عيباً لم يكن) المستأجر (علم به) حال العقد ، (فله الفسخ) . قال في المغني والمبدع : بغير خلاف نعلمه ، عند مستأجر كما يأتي ، (والعيب الذي يفسخ به) في الإجارة (ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة)

فيفسخ بذلك (إن لم يزل) العيب (بلا ضرر يلحقه) أي المستأجر كما تقدم في البيع، ثم ذكر أمثلة العيب ، فقال : (كأن تكون الدابة جموحاً ، أو عضوضاً ، أو نفوراً أو شموصاً أو بها عيب ، كتعثر الظهر في المشي ، وعرج يتأخر به عن القافلة ، وربض) أي بروك البهيمة بالحمل ، (أو يجد) المستأجر (المكتري للخدمة ضعيف البصر، أو به جنون ، أو جذام ، أو برص ، أو مرض ، أو يجد) المستأجر (الدار مهدومة الحائط ، أو يخاف من سقوطها ، أو انقطاع الماء من بئرها ، أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء) فيثبت له خيار الفسخ ولا يعارضه ما قدمته عن الانتصار من أنه لا فسخ له بذلك ، لإمكان حمله على أنه لا يحصل الفسخ ، بمجرد ذلك بقرينة السياق ، لأنه لو كان هو المعقود عليه لانفسخت الإجارة بمجرد انقطاعه ، لتعذر المعقود عليه ، بخلاف ما إذا قلنا يدخل تبعاً ، فإنه لا ينافي ثبوت الخيار بانقطاعه ، (وأشباه ذلك) من العيوب، (فإن رضي) المستأجر (بالمقام ولم يفسخ) الإجارة (لزمه جميع الأجرة) المسماة ولا أرش له .

(وإن اختلفا) أي المؤجر والمستأجر (في الموجود : هل هو عيب أو لا ؟ رجع) فيه (إلى أهل الخبرة ، مثل أن تكون الدابة خشنة المشي ، أو أنها تتعب راكبها ، لكونها لا تركب كثيراً ، فإن قالوا) أي أهل الخبرة : (هو عيب فله الفسخ وإلا فلا) فسخ له ، ويكفي فيه اثنان منهم ، على قياس ما يأتي في الشهادات (هذا) أي ما ذكره من الفسخ (إذا كان العقد على عينها) أي عين المعيبة .

(فإن كانت) المؤجرة (موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد) بردها لكونها معيبة ، (وعلى المكري إبدالها بسليمة كالمسلم فيه) لأن إطلاق العقد إنما يتناول السليم ، (فإن عجز) المكرى (عن إبدالها ، أو امتنع منه) أي من إبدالها ، (ولم يمكن إجباره) عليه، (فللمكتري الفسخ أيضاً) استدراكاً لما فاته .

وعلم مما تقدم : أن الإجارة الصحيحة ليس للمؤجر ولا غيره فسخها لزيادة حصلت ولو كانت العين وقفاً . قال الشيخ تقي الدين : باتفاق الأئمة ، وإذا التزم المستأجر بهذه الزيادة على الوجه المذكور لم تلزمه اتفاقاً ، ولو التزمها بطيب نفس منه بناء على أن إلحاق الزيادة والشروط بالعقود اللازمة لا تلحق ، ذكره في الاختيارات .

(وإن فسخها المستأجر من غير عيب) ولا خيار غيره ، (وترك الانتفاع بالمأجور قبل تقضي المدة لم تنفسخ) الإجارة ، (وعليه الأجرة ، ولا يزول ملكه عن المنافع) بل تذهب على ملكه لما تقدم من أنها عقد لازم ، (ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها) أي في العين المؤجرة ، سواء ترك المستأجر الانتفاع بها أو لا ، لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا

يملك البائع التصرف في المبيع إلا أن يوجد منهما ما يدل على الإقالة ، (فإن تصرف) المؤجر في العين المؤجرة ، (ويد المستأجر عليها بأن سكن) المؤجر (الدار، أو أجرها لغيره) بعد تسليمها للمستأجر (لم تنفسخ) الإجارة بذلك لما مر ، (وعلى المستأجر جميع الأجرة) لأن يده لم تزل عن العين ، (وله) أي المستأجر (على المالك أجرة المثل لما سكنه، أو تصرف فيه) لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه ، فأشبه تصرفه في المبيع بعد قبض المشتري له ، وقبض العين هنا قام مقام قبض المنافع ، (وإن تصرف المالك قبل تسليمها) أي العين المؤجرة ، (أو امتنع منه) أي من التسليم (حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة) بذلك .

قال في المغني والشرح : وجهاً واحداً ، لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه، فأشبه تلف الطعام قبل قبضه ، (وإن سلمها) أي سلم المؤجر العين المؤجرة (إليه) أي المستأجر (في أثنائها) أي المدة (انفسخت) الإجارة (فيما مضى) من مدة الإجارة ، (وتجب أجرة الباقي بالحصة) أي بالقسط من المسمى .

(وإن حوله المالك قبل تقضي المدة) المؤجرة ، (أو منعه بعضها) أي بعض المدة ، (أو امتنع الأجير من تكميل العمل ، أو من التسليم في بعض المدة أو المسافة لم يكن له) أي المؤجر ولا الأجير أجرة (لما فعل) الأجير ، (أو سكن) المستأجر (نصاً) قبل أن يحوله المؤجر ، لأن كلا منهم لم يسلم إلى المستأجر ما وقع عليه عقد الإجارة ، فلم يستحق شيئاً ، كمن استأجر إنساناً ليحمل له كتاباً إلى بلد معين فحمله بعض الطريق فقط ، أو ليحفر له عشرين ذراعاً فحفر له عشرة وامتنع من حفر الباقي ، (وإن هرب الأجير) قبل إكمال العمل لم تنفسخ الإجارة ، (أو شردت الدابة) المؤجرة لم تنفسخ الإجارة (أو أخذها) أي المؤجرة (المؤجر وهرب بها) لم تنفسخ الإجارة ، (أو منعه) أي منع المؤجر المستأجر (من استيفاء المنفعة من غير هرب ، لم تنفسخ الإجارة) بذلك للزومها ، (ويثبت له) أي المستأجر (خيار الفسخ) استدراكاً لما فاته ، (فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ) المستأجر الإجارة ، (وكانت) الإجارة (على مدة انفسخت) الإجارة (بمضيها يوماً فيوماً) لفوات المعقود عليه ، (فإن عادت العين) المؤجرة (في أثنائها استوفى) المستأجر (ما بقي) من المدة لبقاء الإجارة فيه ، (وإن انقضت) المدة كلها قبل عودها (انفسخت) الإجارة لفوات المعقود عليه .

(وإن كانت) الإجارة (على عمل في الذمة ، كـ) ـأن استؤجر لـ (خياطة ثوب ونحوه) كبناء حائط ، (أو) استؤجر لـ (ـحمل) شيء (إلى موضع معين) ، ثم هرب الأجير قبل إتمام العمل (استؤجر من ماله) أي استأجر الحاكم من مال الأجير (من

يعمله) كما لو أسلم إليه في شيء فهرب قبل أدائه ، لأن له ولاية على الغائب والممتنع، فيقوم عنهما بما وجب عليهما من مالهما ، (فإن تعذر) بأن لم يكن له مال، (فله) أي المستأجر (الفسخ) وله الصبر إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل ، لأن ما في ذمته لا يفوت بهربه ، (فإن لم يفسخ) المستأجر (وصبر) حتى وجد الأجير ، (فله مطالبته بالعمل متى أمكن) لبقائه في ذمته ، (وكل موضع امتنع الأجير من) إتمام (العمل فيه) فلا أجرة له لما عمل ، (أو) أي وكل موضع (منع المؤجر المستأجر من الانتفاع) بالعين المؤجرة (إذا كان بعد عمل البعض ، فلا أجرة له فيه على ما سبق) لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة ، فلم يستحق شيئاً ، (إلا أن يرد المؤجر العين) للمستأجر (قبل انقضاء المدة) فله الأجرة ، لأنه سلم العين لكن يسقط منها أجرة المدة التي احتبسها المؤجر لانفساخ الإجارة فيه ، كما تقدم ، (أو) إلا أن يتمم (الأجير العمل إن لم يكن) العقد (على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل) لكونه وفَّى بالعمل ، (فأما إن شردت الدابة، أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله) أي المؤجر من الأجر (بقدر ما استوفى) المستأجر (بكل حال) سواء عادت العين في المدة أو لم تعد ، لأن للمكري فيه عذراً ، (وإن هرب الجمال ونحوه بدوابه) في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها (استأجر عليه الحاكم إلى أن يرجع وباع ما له في ذلك) إن وجد له مالاً ، لأن له الولاية على الغائب .

(فإن تعذر) بأن لم يكن حاكم أو كان وتعذر الإثبات ، أو لم يجد ما يكتريه ، أو وجده ولم يجد ما يكتري به ، فللمستأجر الفسخ ، (أو كانت الدواب معينة في العقد فللمستأجر الفسخ) لأنه تعذر عليه قبض المعقود عليه ، ولم يجز إبدالها ، لأن العقد وقع على عينها ، (ولا أجرة) للجمال ونحوه (لما مضى) قبل هربه ، لكونه لم يوف المعقود عليه ، فإن فسخ وكان الجمال ونحوه قبض الأجرة ، فهي دين في ذمته ، وإن اختار المقام وكانت على عمل في الذمة ، فله ذلك ومطالبته متى قدر عليه ، وإن كانت على مدة وانقضت في هربه انفسخت الإجارة ، وإن كان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد له مالاً اكترى به كما سبق ، وإلا اقترض عليه ما يكتري به ، فإن دفعه له ليكتري لنفسه جاز ، وإن كان القرض من المكتري جاز وصار ديناً في ذمة الجمال .

(وإن هرب) الجمال أو نحوه (أو مات وترك بهائمه وله مال ، أنفق عليها الحاكم من ماله) أي مال الجمال ونحوه ، إن كان (ولو ببيع ما فضل منها) أي البهائم عما وقع عليه العقد ، (لأن علفها وسقيها عليه ، أي على مالكها وهو غائب ، والحاكم

نائبه ، ويستأجر الحاكم من مال الجمال من يقوم مقامه في الشد عليها وحفظها ، وفعل ما يلزمه فعله ، (فإن لم يمكن) بأن لم يوجد له مال (استدان) الحاكم (عليه) ما ينفقه عليها ، لأنه موضع حاجة ، (أو أذن) الحاكم (للمستأجر في النفقة) على البهائم ، لأن إقامة أمين غير المستأجر تشق وتتعذر مباشرته كل وقت ، (فإذا انقضت) الإجارة (باعها) أي البهائم (الحاكم ووفى المنفق) من مستأجر أو غيره ما أنفقه ، لأن فيه تخليصاً لذمة الجمال ، وإيفاء لحق صاحب النفقة ، (وحفظ باقي ثمنها لصاحبها) لأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب ، (فإن لم يستأذن) المنفق من مستأجر أو غيره (الحاكم ، وأنفق بنية الرجوع رجع) على ربها بما أنفقه ، لأنه قام عنه بواجب غير متبرع به وتقدم في الرهن ، (وإلا) ينو الرجوع ، (فلا) رجوع له ، لأنه متبرع ، (ولا يعتبر الإشهاد على نيته الرجوع ، صححه في القواعد) ، وكذا لا يعتبر تعذر استئذان الحاكم ، (وإذا رجع) رب البهائم ، (واختلفا فيما أنفق ، وكان الحاكم قدر النفقة ، قبل قول المكتري في) إنفاق (ذلك) الذي قدره الحاكم ، لأنه أمين (دون ما زاد) على ذلك ، فلا يقبل قوله فيه (وإن لم يقدر) الحاكم (له) أي المستأجر نفقة (قبل قوله) أي المستأجر (في قدر النفقة بالمعروف) لأنه أمين .

(وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها) كعبد مات ، لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه ، فانفسخت ، سواء كان قبل قبضها أو عقبه ، ولا أجرة ، (فإن تلفت) العين (في أثنائها انفسخت) الإجارة (فيما بقي) من المدة خاصة ، وله من المسمى بالقسط .

(وتنفسخ) الإجارة للرضاع (بموت الصبي المرتضع) لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لكون غيره لا يقوم مقامه ، لاختلافهم في الرضاع ، وقد يدر اللبن على ولد دون آخر ، فإن كان موته عقب العقد زالت الإجارة من أصلها ، ورجع المستأجر بالأجر كله ، وإن كان بعد مضي مدة رجع بحصة ما بقي ، وكذا لو امتنع الرضيع من الشرب من لبنها ، ذكره المجد .

(و) تنفسخ أيضاً (بموت المرضعة) لفوات المنفعة بهلاك محلها .

(و) تنفسخ أيضاً (بانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه ، أو برئه) لتعذر استيفاء المعقود عليه كالموت ، (ونحوه) كاستئجار طبيب ليداويه فيبرأ أو يموت فتنفسخ ، فيما بقي .

فإن امتنع المريض من ذلك مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجرة بمضي المدة ، وإن

شارطه على البرء فهي جعالة ، ولا يستحق شيئاً من أجرة حتى يوجد البرء ، ذكره في الإنصاف (كما تقدم في الباب) .

و(لا) تنفسخ (بموت راكب ، ولو لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) بأن لم يكن له وارث ، أو كان غائباً ، كمن يموت بطريق مكة ، لأن المعقود عليه إنما هو منفعة الدابة دون الراكب ، لما تقدم من أن مستأجر الدابة للركوب له أن يركب من يماثله ، وإنما ذكر الراكب لتقدر به المنفعة ، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها هذا القنطار القطن فتلف ، لم تنفسخ ، وله أن يحملها من أي قطن كان ، (وإن اكترى داراً) ونحوها (فانهدمت) في أثناء المدة انفسخت فيما بقي ، (أو) اكترى (أرضاً للزرع فانقطع ماؤها مع الحاجة إليه ، انفسخت) الإجارة (فيما بقي من المدة) لأن المقصود قد فات ، أشبه ما لو تلف ، (وكذا لو انهدم البعض) من الدار ونحوها انفسخت الإجارة فيما انهدم ، وسقط عن المستأجر قسطه من الأجرة ، (ولمكتر الخيار في البقية) لتفرق الصفقة عليه ، (فإن أمسك) البقية (فبالقسط من الأجرة) فتسقط الأجرة على ما انهدم وعلى ما بقي ، ويلزمه قسط الباقي ، (وإن أجره أرضاً بلا ماء) صح ، لأنه يتمكن من زرعها رجاء الماء ، ومن النزول ووضع رحله ، وجمع الحطب فيها ، (أو) أجره أرضاً (أطلق) بأن لم يقل ولا ماء لها (مع علمه) أي المستأجر (بحالها) وأنه لا ماء لها (صح) لما سبق ، وفسر الإطلاق في شرح المنتهي بأن قال : أجرتك هذه الأرض مدة كذا بكذا ، ولم يقيد النفع ، وقيد قوله قبلها : وإن أجره أرضاً بلا ماء ليزرعها المستأجر وهما يعلمان أن لا ماء لها ، و(لا) تصح الإجارة إن أجره أرضاً لا ماء لها ، (إن ظن المستأجر إمكان تحصيل الماء) أو لم يعلم أنها لا ماء لها ، لأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المؤجر يحصل له ماء ، وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها ، (وإن علم) وجود الماء بالأمطار ونحوها، (أو ظن وجوده بالأمطار، أو زيادة) النيل ونحوه (صح) العقد، لأن حصوله معتاد ، والظاهر وجوده ، (وتقدم) ذلك (في الباب) بأوضح من هذا .



فصل

ومتى زرع فغرق الزرع (أو تلف) الزرع (بحريق أو جراد ، أو فأر ، أو برد ، أو غيره قبل حصاده ، أو لم تنبت ، فلا خيار ، وتلزمه الأجرة نصاً) لأن التالف غير المعقود عليه ، وسببه غير مضمون على المؤجر ، (ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك) لأنه ملك المنفعة إلى انقضاء مدته ، (وإن

تعذر زرعها) أي المؤجرة (لغرق الأرض) المؤجرة ، (أو قل الماء قبل زرعها أو بعده ، أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع ، فله الخيار) لحصول ما نقص به منفعة العين المؤجرة ، ثم إن اختار الفسخ ، وقد زرع بقي الزرع في الأرض إلى الحصاد ، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل ، لما بقي من المدة لأرض متصفة بالعيب الذي ملك الفسخ من أجله ، والأرض الغارقة بالماء التي لا يمكن زرعها قبل انحساره ، وهو تارة ينحسر ، وتارة لا ينحسر ولا يصح عقد الإجارة عليها إذن ، لأن الانتفاع بها في الحال متعذر لوجود المانع ، وفي المآل غير ظاهر ، لأنه لا يزول غالباً .

(ولا تنفسخ) الإجارة (بموت المكري ، و) موت (المكتري) معاً ، (أو) بموت (أحدهما) لأنها عقد لازم ، فلم تنفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه ؛ إلا إذا مات الموقوف عليه وقد أجر ، لكون الوقف عليه ، ولم يشرط الواقف ناظراً ، كما تقدم.

(ولا) تنفسخ أيضاً (بعذر لأحدهما) أي المكري أو المكتري (مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته ، أو) يكتري (دكاناً) يبيع فيه متاعه ، (فيحترق متاعه) لأنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر ، فلم يجز لعذر من غير المعقود عليه كالبيع ، ويفارق الإباق ، فإن عذر في المعقود عليه ، (وتقدم بعضه) في الباب .

(وإن غصبت العين المستأجرة ، فإن كانت) الإجارة (على عين موصوفة في الذمة) بأن أجره دابة صفتها كان وكذا ، ثم سلمه عيناً بتلك الصفات فغصبت (لزمه) أي المؤجر (بدلها) لأن العقد على ما في الذمة عليها ، (فإن تعذر) بدلها على المؤجر ، (فله) أي المستأجر (الفسخ) وله الصبر إلى القدرة عليها أو على بدلها ، وتنفسخ بمضي المدة إن كانت على مدة ، (وكذا لو تلفت) الموصوفة في الذمة ، (أو تعيبت) فيلزم المؤجر بدلها ، فإن تعذر فللمستأجر الفسخ ، كما لو تعذر تسليم المبيع .

(وإن كانت) الإجارة (على عين معينة لعمل) بأن أجر هذه الدابة ليركبها إلى كذا، أو هذه الأمة لتخيط له ثوباً معلوماً فغصبت (خير مستأجر بين فسخ وصبر إلى أن يقدر عليها) لأن الحق في ذلك له ، فإذا أخره جاز ، (وإن كانت) الإجارة (على) عين معينة إلى (مدة) معلومة بأن قال : أجرتك هذا العبد للخدمة شهراً فغصب (خير) مستأجر (بين فسخ) العقد لتعذر تسليم المعقود عليه ، (و) بين (إمضاء) أي إبقاء العقد بلا فسخ ، (ومطالبة غاصب بأجرة مثل) ولا ينفسخ العقد بمجرد الغصب ، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً ، بل إلى بدل ، وهو القيمة ، أشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمي ، وحيث ثبت له الخيار فله الفسخ ، (ولو متراخياً ولو بعد فراغ المدة) لأنه فسخ لاستدراك ظلامة فهو كالفسخ لعيب في المبيع ، (فإن فسخ) المستأجر ، (فعليه أجرة ما

مضى) قبل الفسخ من المسمى لاستقراره عليه ، (وإن ردت العين) المغصوبة (في أثنائها) أي مدة الإجارة (قبل الفسخ استوفى) المستأجر (ما بقي) من مدته ، (وخير فيما مضى) والعين بيد الغاصب ، (وإن كان الغاصب هو المؤجر فلا أجرة) له ، سواء كانت الإجارة على عمل أو إلى مدة ، وسواء كانت على عين معينة أو موصوفة ، وسواء كان غصبه لها قبل المدة أو في أثنائها ، (فليس حكمه حكم الغاصب الأجنبي) حيث لم تكن يد المستأجر عليها كما تقدم ، (وقد علم) ذلك (مما تقدم) من قوله : (إذا حوله المالك قبل تقضي المدة) إلى قوله : لم يكن له أجرة لما فعل أو سكن نصاً ، (ولو أتلف المستأجر العين) المؤجرة (ثبت ما تقدم من) ملك (الفسخ) إذا كانت على موصوفة في الذمة وتعذر البدل ، (أو الانفساخ) إذا كانت على معينة لتعذر تسليم المعقود عليه (مع تضمينه) أي المستأجر (ما أتلف) من العين (ومثله جب المرأة زوجها تضمن) الدية . (ولها الفسخ) للعيب وهو الجب ، (ولو حدث خوف عام يمنع من سكني المكان الذي فيه المستأجرة ، أو حصر البلد فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض) التي استأجرها ليزرعها ، (فله الفسخ) لأنه أمر غالب منع المستأجر استيفاء المنفعة ، فيثبت به الخيار كالغصب ، (وإن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المأجور ، أو حلولهم في طريقه ، أو مرض، أو حبس) ، ولو ظلم (لم يملك الفسخ) لأنه عذر يختص به ، لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية ، لأن له أن يؤجر لمن يقوم مقامه ، (ولو اكترى دابة ليركبها) إلى موضع معين ، (أو) اكتراها لـ (يحمل عليها إلى موضع معين فانقطعت الطريق إليها) أي إلى جهة ذلك الموضع المعين (لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل منهما) أي من المؤجر والمستأجر (فسخ الإجارة) لما تقدم ، (وإن اختارا) أي المؤجر والمستأجر (بقاءها) أي الإجارة (إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز) ، لأن الحق لا يعدوهما ، (ومن استؤجر لعمل شيء في الذمة ، ولم يشترط عليه مباشرته فمرض ، وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله) ليخرج من الحق الواجب في ذمته كالمسلم فيه ، (والأجرة عليه) أي على المريض ، لأنها في مقابلة ما وجب عليه ، ولا يلزم المستأجر إنظاره ، لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل ، (إلا فيما يختلف فيه القصد كنسخ ، فإنه يختلف باختلاف الخطوط ، ولا يلزم المستأجر قبوله) أي قبول عمل غيره ، لأن الغرض لا يحصل به .

(وإن تعذر عمل الأجير فله) أي المستأجر (الفسخ) لتعذر وصوله إلى حقه ، (وإن شرط) المستأجر (عليه) أي على الأجير (مباشرته فلا استنابة إذن) لوجود الشرط .

(وإن مات) الأجير (في بعضها) أي في أثناء مدة الإجارة (بطلت) الإجارة (فيما بقي) لفوات المعقود عليه بهلاك محله ، (وإن كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها) بأن استأجر عبداً معيناً ، أو إنساناً معيناً ليخيط له شهراً ، أو ليبني له هذا الحائط، (فمرض) الأجير (لم يقم غيره مقامه) لوقوع العقد على عينه كالمبيع المعين .

(وإن وجد) المستأجر (العين) المؤجرة (معيبة أو حدث بها) عنده (عيب يظهر به تفاوت الأجرة ، وتقدم التنبيه على بعضه قريباً) فله الفسخ ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه ، فأثبت الفسخ فيما بقي منها ، (أو استأجر داراً جارها رجل سوء) أو امرأ كذلك ، (ولم يعلم) المستأجر (فله الفسخ) بذلك كالبيع ، (إن لم يزل) العيب (سريعاً بلا ضرر يلحقه) أي المستأجر ، فإن انسدت البالوعة فأراد المستأجر الرد ، فقال المؤجر : أنا أفتحها ، وكان زمناً يسيراً لا تتلف فيه منفعة تضر بالمستأجر ، لم يكن له الخيار ، (و) إذا فسخ المستأجر الإجارة للعيب ، فـ (عليه أجرة ما مضى) قبل الفسخ لاستقراره عليه (و) للمستأجر أيضاً (الإمضاء بلا أرش) للعيب ، لأنه رضي به ناقصاً ، وفيه وجه : له الأرش كالبيع .

قال ابن نصر الله : قد تعبنا فلم نجد بينهما فرقاً ، (فلو لم يعلم) المستأجر بالعيب (حتى انقضت المدة لزمته الأجرة كاملة ولا أرش له) للعيب كما لو علم واختار الإمضاء.

(ويصح بيع العين المؤجرة) سواء أجرها مدة لا تلي العقد باعها قبل دخولها ، أو باعها في أثناء المدة ، لأن الإجارة عقد على المنافع فلا تمنع صحة البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها .

(و) يصح أيضاً (رهنها) لأنه يصح بيعها ، (ولمشتريها) أي المؤجرة الخيار بين (الفسخ الإمضاء مجاناً إذا لم يعلم) أنها مؤجرة . وفي الرعاية : الفسخ أو الأرش . قال أحمد : هو عيب ، وهو ظاهر ما تقدم .

(ولا تنفسخ) الإجارة (بشراء مستأجرها) أي العين المؤجرة لأنه كان مالكاً للمنفعة ثم ملك الرقبة ، ولا تنافي بينهما .

(ولا) تنفسخ الإجارة أيضاً (بانتقالها) أي العين المؤجرة (إليه) أي إلى المستأجر (بإرث، أو هبة، أو وصية، أو صداق ؛ أو عوض في خلع، أو صلح ونحوه) كجعالة وطلاق وعتق ، لعدم التنافي بين ملك الرقبة والمنفعة ، (فيجتمع لبائع على مشتر) لنعين المؤجرة عليه (الثمن والأجرة) لأن عقد البيع لم يشمل المنافع الجارية في ملكه

بعقد التآجر ، لأن شراء الإنسان ملك نفسه محال ، (وإن اشترى المستأجر العين) المؤجرة (فوجدها معيبة فردها) أي رد شراءها للعيب ، (فالإجارة بحالها) لأنهما عقدان ، فإذا فسخ أحدهما بقي الآخر ، (وإن كان المشتري) للعين المؤجرة (أجنبياً) فالأجرة من حين البيع له ، نص عليه في رواية جعفر بن محمد ، واستشكل بكون المنافع مدة الإجارة غير مملوكة للبائع ، فلا تدخل في عقد البيع حتى أن المشتري يكون له عوضها ، وهو الأجرة . وأجيب عن ذلك : بأن المالك يملك عوضها وهو الأجرة ، ولم تستقر بعد ، ولو انفسخ العقد لرجعت المنافع إلى البائع ، فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها ، وهو استحقاق عوض لمنافع مع بقاء الإجارة ، قاله في شرح المنتهى وفي المغني : ما يقتضي أن الأجرة للبائع ، وهو واضح لأنه ملكها بالعقد .

(فـ) ـإن (رد المستأجر) الأجنبي (الإجارة) لعيب ونحوه (عادت المنفعة) في باقي المدة (إلى البائع) دون المشتري ، لأن عقده لم يتناولها لعدم ملك البائع لها ، إذ ذاك (ولو وهب) المعير (العين المستعارة) أو باعها ونحوه (للمستعير بطلت العارية) لأنها عقد جائز بخلاف الإجارة ، (ولو باع) الوارث (الدار التي تستحق المعتدة للوفاة سكناها وهي حامل . فقال الموفق : لا يصح بيعها . وقال المجد : قياس المذهب الصحة قال في الإنصاف : وهو) أي قول المجد (الصواب) كبيع المؤجرة .

★ ★ ★

(فصل في أقسام الأجير)

والأجير قسمان : خاص ومشترك ، (فالخاص : من قدر نفعه بالزمن) بأن استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء، أو خياطة يوماً، أو أسبوعاً ونحوه ، (كما تقدم) في الباب (يستحق المستأجر نفعه في جميع المدة المقدر نفعه بها) لا يشركه فيها أحد ، فإن لم يستحق نفعه في جميع الزمن فمشترك ، كما يأتي (سوى) زمن (فعل الصلوات الخمس في أوقاتها بسننها) أي المؤكدات ، قاله في المستوعب ، (و) سوى (صلاة جمعة وعيد) فإن أزمنة ذلك لا تدخل في العقد ، بل هي مستثناه شرعاً . قال المجد في شرحه : ظاهر النص : يمنع من شهود الجماعة إلا بشرط أو إذن (سواء سلم نفسه للمستأجر) بأن كان يعمل عند المستأجر (أو لا) بأن كان يعمل في بيت نفسه .

(ويستحق) الأجير الخاص (الأجرة بتسليم نفسه ، عمل أو لم يعمل) لأنه بذل ما عليه كما لو بذل البائع العين المبيعة .

(وتتعلق الإجارة بعينه) كالبيع المعين ، (فلا يستنيب) الأجير الخاص ، (وتقدم

قريباً ، ولا ضمان عليه فيما يتلف في يده) نص عليه ، لأنه نائب المالك في صرف منافعه إلى ما أمر به ، فلم يضمن كالوكيل ، ولأن عمله غير مضمون عليه ، فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ، (إلا أن يتعمد) الإتلاف ، (أو يفرط) فيضمن لأنه إذن كالغاصب .

(وليس له) أي الأجير الخاص (أن يعمل لغيره) أي غير مستأجره ، لأنه يفوت عليه ما استحقه بالعقد ، (فإن عمل) الأجير الخاص لغير مستأجره وأضر بالمستأجر فله) أي المستأجر (قيمة ما فوته) من منفعته (عليه) بعمله لغيره . قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم ، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ، ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة . قال في المغني : فظاهر هذا : أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله . قال : ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره . وقال القاضي : معناه يرجع بالأجر الذي أخذه من الآخر ، لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره انتهى ، وعلم منه : أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل ، فوفاه على التمام ، (والأجير المشترك من قدر نفعه بالعمل) كخياطة ثوب، وبناء حائط ، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل في مدة لا يستحق نفعه في جميعها ، كالطبيب ونحوه الكحال ، (ويتقبل الأعمال) لجماعة في وقت واحد يعمل لهم ، فيشتركون في نفعه ، فلذلك سمي مشتركاً ، (فتتعلق الإجارة بذمته) لا بعينه ، (ولا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله) دون تسليم نفسه بخلاف الخاص ، (ويضمن) الأجير المشترك (ما تلف بفعله ولو بخطئه كتحريق القصار الثوب) من دقه، أو مده، أو عصره، أو بسطه ، (وغلطه) أي الخياط (في تفصيله ودفعه إلى غير ربه) روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، لأن عمله مضمون عليه لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، فإن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجرة فيما عمل فيه ، بخلاف الخاص وما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو ، (ولا يحل لقابضه) أي الثوب (لبسه ولا الانتفاع به) إذا علم أنه ليس ثوبه ، وعليه رده إلى القصار ، (وإن قطعه) قابض (قبل علمه) أنه ثوب غيره (غرم أرش نقصه ، و) أجرة (لبسه) لتعديه على ملك غيره ، (ويرجع) القابض (به) أي بما عرفه (على القصار) لأنه غره ولرب الثوب الطلب بثوبه إن كان موجوداً ، وإن هلك ضمنه القابض ولربه تضمين القصار لأنه حال بينه وبين ماله ، هذا

قياس كلامهم والله أعلم ، (وكزلق حمال وسقوط) الحمل (عن دابته) أو رأسه (أو تلف) الحمل (من عثرته) أي الحامل من آدمي أو بهيمة فيضمن ذلك ، كما تقدم .

(و) يضمن أيضاً (ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله ، وكذا طباخ، وخباز، وحائك، وملاح سفينة ونحوهم) من الأجراء المشتركين فيضمنون ما تلف بفعلهم لما تقدم ، سواء (حضر رب المال أو غاب) ، وسواء كان يعمل في بيت المستأجر، أو في بيته ، لأن ضمانه لجنايته ، واختار القاضي في المجرد وأصحابه أنه يضمن إن عمل في بيت نفسه ، لا في بيت المستأجر ، ولو كان القصار ونحوه متبرعاً بعمله لم يضمن جناية يده ، نص عليه ، لأنه أمين محض ، فإن اختلفا في أنه أجير أو متبرع فقوله أنه متبرع ، ذكره المجد في شرحه ، (ولا ضمان عليه) أي الأجير المشترك (فيما تلف من حرزه) بنحو سرقة (أو) تلف (بغير فعله إذا لم يفرط) لأن العين في يده أمانة ، أشبه المودع ، (ولا أجرة له) أي الأجير المشترك (فيما عمله) وتلف قبل تسليمه لربه ، (سواء عمله في بيت المستأجر أو) في (بيته) لأنه لم يسلم عمله للمستأجر ، فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد بائعه ، لكن كلام المنتهي الآتي في الفصل بعده يخالفه ، (وإذا استأجر) إنسان (قصاباً) أي جزاراً (يذبح له شاة فذبحها ولم يسم) عليها عمداً (ضمنها) لتحريم أكلها ، فإن تركها سهواً حلت ولا ضمان ، (وإن استأجر مشترك خاصاً) كالخياط في دكان يستأجر أجيراً فأكثر مدة معلومة يستعمله فيها ، (فلكل) من الخاص والمشترك (حكم نفسه) ، فإذا تقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره فخرقه أو أفسده بلا تعد ولا تفريط لم يضمنه لأنه أجير خاص ، ويضمنه صاحب الدكان لمالكه ، لأنه أجير مشترك ، (وإن استعان) المشترك (به) أي بالخاص ، (ولم يعمل) المشترك ، (فله) أي المشترك (الأجرة لأجل ضمانه لا لتسليم العمل) ، وتقدم في الشركة أن التقبل يوجب الضمان على المتقبل ، ويستحق به الربح .

(ولا ضمان على حجام ولا بزاغ ، وهو البيطار ، ولا ختان ولا طبيب ونحوهم) ككحال (خاصاً كان أو مشتركاً إذا عرف منهم حذق) الصنعة ، (ولم تجن أيديهم) لأنه فعل فعلاً مباحاً ، فلم يضمن سرايته ، كحده ، لأنه لا يمكن أن يقال : اقطع قطعاً لا يسري ، بخلاف : دق دقاً لا يخرقه ، فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا ، لأنهم لا يحل لهم مباشرة القطع إذن ، فإذا قطع فقد فعل محرماً ، فضمن سرايته لقوله

ﷺ : « مَنْ تطبّبَ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَهُوَ ضَامِنٌ »[1] رواه أبو داود ، ومحل عدم الضمان أيضاً (إذا أذن فيه مكلف، أو ولي غيره، حتى في قطع سلعة ونحوها ، ويأتي) في الجنايات، فإن لم يأذن فسرت ضمن لأنه فعل غير مأذون فيه ، فيضمن ، واختار في الهدي : لا يضمن لأنه محسن ، (فإن) أذن فيه وكان حاذقاً ، لكن (جنت يده ولو خطأ ، مثل أن جاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها) أي الحشفة ، (أو قطع في غير محل القطع ، أو قطع سلعة ، فتجاوز موضع القطع ، أو قطع بآلة كآلة يكثر ألمها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشباه ذلك ، ضمن) لأن الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ . قال ابن القيم في تحفة الودود: فإن أذن له أن يختنه في زمن حر مفرط، أو برد مفرط، أو حال ضعف يخاف عليه منه، فإن كان بالغاً عاقلاً لم يضمنه، لأنه أسقط حقه بالإذن فيه ، وإن كان صغيراً ضمنه ، لأنه لا يعتبر إذنه شرعاً ، وإن أذن فيه وليه ، فهذا موضع نظر ، هل يجب الضمان على الولي أو الخاتن ؟ ولا ريب أن الولي متسبب والخاتن مباشر ، فالقاعدة : تقتضي تضمين المباشر ، لأنه يمكن الإحالة عليه ، بخلاف ما إذا تعذر تضمينه ، (وإن ختن صبياً) ذكراً أو أنثى (بغير إذن وليه) ضمن سرايته، (أو قطع سلعة من مكلف بغير إذنه) ضمن السراية ، (أو) قطع سلعة (من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن) لأنه غير مأذون فيه، (وإن فعل ذلك الحاكم) بالصبي، (أو) فعله (وليه)، أو فعله (من أذنا) أي الحاكم، أو الولي (له فيه ، لم يضمن) لأنه مأذون فيه من ذي الولاية ، (ولا ضمان على راع فيما تلف من الماشية إذا لم يتعد، أو يفرط في حفظها) لأنه مؤتمن على الحفظ ، أشبه المودع ، ولأنها عين قبضت بحكم الإجارة ، أشبهت العين المستأجرة ، (فإن فعل) أي فرط الراعي في حفظها (بنوم أو غفلة ، أو تركها تتباعد عنه ، أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو) تعدي بأن (أسرف في ضربها أو ضربها في غير موضع الضرب ، أو) ضربها (من غير حاجة إليه) أي الضرب ، (أو سلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف) لنحو خوف ، (وما أشبه ذلك ، ضمن) الراعي التالف . قال في المبدع : بغير خلاف ، (وفي الفصول : يلزم الراعي توخي) أي تحري (أمكنة المرعى النافع ، وتوقي النبات المضر ، و) يلزمه (ردها عن

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الديات ، باب فيمن تطبب بغير علم ، الحديث (٤٥٨٦) ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٥٢/٨ - ٥٣ ، كتاب القسامة ، باب صفة شبه العمد ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١١٤٨/٢ ، كتاب الطب ، باب من تطبب ، الحديث (٣٤٦٦) ، واللفظ لهم جميعاً وهو عندهم جميعاً من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وذكره البغوي في المصابيح ، كتاب القصاص ، باب الديات .

زرع الناس ، و) يلزمه (إيرادها الماء إذا احتاجت إليه على الوجه الذي لا يضرها شربه ، ودفع السباع عنها ، ومنع بعضها عن بعض قتالاً ونطحاً ، فيرد الصائلة عن المصول عليها والقرناء عن الجماء ، والقوية عن الضعيفة ، فإذا جاء المساء وجب عليه إعادتها إلى أربابها . انتهى) وهو واضح ، (وإن اختلفا) أي رب الماشية والراعي (في التعدي) أو التفريط ، (وعدمه) بأن ادعي ربها أن الراعي تعدى أو فرط فتلفت ، وأنكر الراعي ، (فـ) ـالقول (قول الراعي) بيمينه ، لأنه أمين ، والأصل براءته ، (فإن) فعل الراعي فعلاً ، و(اختلفا في كونه تعدياً رجع) فيه (إلى أهل الخبرة) لأنهم أدرى به ، (وإن ادعي) الراعي (موت شاة ونحوها قبل قوله) بيمينه ، (ولو لم يأت بجلدها أو شيء منه) لأنه مؤتمن ، (ومثله) أي الراعي في قبول قوله في التلف وعدم التعدي أو التفريط ، وفي عدم الضمان ونحوه مما تقدم (مستأجر الدابة) إذا ادعى تلفها أو أنه لم يفرط ، قبل قوله ، ولا ضمان عليه لأنه مؤتمن .

(ويجوز عقد الإجارة على رعي ماشية معينة) بأن يقول : استأجرتك لترعي هذه الماشية ، (وعلى) رعي (جنس) موصوف (في الذمة) بأن يقول : استأجرتك لرعي إبل ، أو بقر أو غنم ، ويصفها (يرعاها) مدة معلومة ، (فإن كانت) الإجارة (على) ماشية (معينة تعينت ، فلا يبدلها) المستأجر بغيرها ، كالمبيع المعين .

(ويبطل العقد فيما تلف منها) هلاك محل المنفعة ، ويسقط من الأجرة قسط ما تلف (وله أجر ما بقي بالحصة ، ونماؤها في يده أمانة) لا يضمنه إذا تلف إن لم يتعد، أو يفرط ، (وإن عقد على) رعي شيء (موصوف في الذمة ذكر جنسه ونوعه) ، فيقول : (إبلا ، أو بقراً ، أو غنماً) ، ويقول في الإبل : بخاتي أو عراب ، وفي البقر : بقراً أو جواميس ، وفي الغنم (ضأناً أو معزاً ، و) يذكر (كبره وصغره وعدده وجوباً) لأن الغرض يختلف باختلاف ذلك ، فاعتبر العلم به إزالة للجهالة ، (ولا يلزمه) أي الراعي (رعي سخالها) سواء كانت على معينة أو موصوفة ، لأن العقد لم يتناولها ، (فإن أطلق ذكر البقر ، و) ذكر (الإبل لم يتناول) العقد (الجواميس والبخاتي) حملا على العرف .

(وإن حبس الصانع الثوب على أجرته بعد عمله) أي قصره، أو خياطته، أو صبغه ونحوه ، (فتلف) ضمنه ، لأنه لم يرهنه عنده ، ولا أذن له في إمساكه ، فلزمه الضمان كالغاصب ، (أو أتلفه) أي أتلف الصانع الثوب بعد عمله ، ضمنه ، (أو عمل) الصانع (على غير صفة شرطه) أي رب الثوب (ضمنه) الصانع لجنايته ، (وخير مالك) لأن الجناية على ماله ، فكانت الخيرة إليه دون غيره (بين تضمينه) أي

الصانع (إياه) أي الثوب (غير معمول ، ولا أجرة) لأن الأجرة إنما تجب بالتسليم ، ولم يوجد (وبين تضمينه) الثوب (معمولاً ، ويدفع إليه الأجرة) لأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها ، ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً ، فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي ، (ويقدم قول ربه) أي الثوب (في صفة عمله) أي إذا اختلفا في صفة العمل بعد تلف الثوب ليغرمه للعامل ، فالقول قول ربه ، لأنه غارم (ذكره ابن رزين) ، واقتصر عليه في المبدع ، (ومثله) أي ما ذكر (تلف) ما بيد (أجير مشترك) بعد عمله، إذا تلف على وجه مضمون عليه ، خير المالك بين تضمينه معمولاً ويدفع الأجرة ، وتضمينه غير معمول ولا أجرة ، (و) كذا (ضمان المتاع المحمول) إذا تلف على وجه يضمنه الحامل ، (يخير ربه بين تضمينه) أي الحامل (قيمته في الموضع الذي سلمه إليه) فيه ، (ولا أجرة له) لأنه لم يسلم عمله ، (وبين تضمينه في الوضع الذي أفسده) الحامل ، أو فسد بنحو تعديه (فيه ، وله) أي الحامل حينئذ (الأجرة إلى ذلك المكان) الذي تلف فيه ، لأن تضمينه قيمته فيه في معنى تسلمه فيه ، (وإن أفلس مستأجر) أي لو اشترى ثوباً مثلاً ودفعه لصانع عمله ، (ثم جاء بائعه يطلبه) بعد فسخه البيع لوجود متاعه عند من أفلس ، (فللصانع حبسه) على أجرته ، لأن العمل الذي هو عوضها موجود في عين الثوب ، فملك حبسه مع ظهور عسرة المستأجر ، كمن أجر دابته أو نحوها لإنسان بأجرة حالة ، ثم ظهرت عسرة المستأجر ، فإن للمؤجر حبسها عنده وفسخ الإجارة ، ثم إن كانت أجرته أكثر مما زادت به قيمته أخذ الزيادة وحاصص الغرماء بما بقي له من الأجرة ، (والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تعد ولا تفريط ، لم يضمنها) لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فهو مؤتمن ، كالموصي له بنفع عين ، (والقول قوله) بيمينه (في عدم التعدي) لأنه الأصل ، (وإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين : فالشرط فاسد) لمنافاته مقتضي العقد ، (فأما إن شرط) المؤجر (أن لا يسير بها) المستأجر (في الليل ، أو) أن لا يسير بها (وقت القائلة ، أو) أن (لا يتأخر) بها عن القافلة ، أو) أن (لا يجعل سيره في آخرها وأشباه هذا مما فيه غرض فخالف) المستأجر (ضمن) لمخالفته الشرط الصحيح كما لو شرط عليه أن لا يحملها إلا قفيزاً فحملها قفيزين .

(وإذا ضرب المستأجر الدابة ، أو) ضربها (الرائض ، وهو الذي يعلمها السير بقدر العادة أو كبحها) المستأجر أو الرائض (باللجام ، أي جذبها لتقف ، أو ركضها برجله لم يضمن) إذا تلفت ، (لأن له ذلك بما جرت به العادة) ، فإن زاد على العادة ضمن

لأنه غير مأذون فيه نطقاً وعرفاً ، (ويجوز له) أي المستأجر (إيداعها في الخان إذا قدم بلداً وأراد المضي في حاجته ، وإن لم يستأذن المالك في ذلك) نطقاً ، لأنه مأذون فيه عرفاً . قلت : وكذلك إذا ذهب بها من حارة إلى حارة ، (وإذا اشترى طعاماً في دار رجل ، أو) اشترى (خشباً ، أو ثمرة)، أو زرعا (في بستان ، فله أن يدخل ذلك من الرجال والدواب من يحول) له (ذلك ، و) من (يقطف) له (الثمرة ، وإن لم يأذن المالك) لأنه العرف والعادة ، (وكذا) يجوز للمستأجر (غسل الثوب المستأجر إذا اتسخ) قلت : أو تنجس ، لأنه العرف ، (ويأتي : إذا أدب ولده ونحوه) كزوجته وصبيه (في آخر الديات) مفصلاً ، (وإن قال) الخياط لرب الثوب : (أذنت لي في تفصيله قباء ، فقال) رب الثوب : (بل قميصاً) ، فقول خياط (أو) قال الخياط : أذنت في تفصيله (قميص امرأة ، فقال) رب الثوب : (بل قميص رجل ، فقول خياط) بيمينه ، لأن الأجير والمستأجر اتفقا على الإذن ، واختلفا في صفته ، فكان القول قول المأذون كالمضارب ، إذا قال : أذنت لي في البيع نساء ، ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع . والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له ، والأصل عدمه (بخلاف وكيل) إذا ادعى أنه أذن له في البيع ونحوه لم يقبل ، لأن الأصل عدم الإذن ، وإن ثبتت وكالته واختلفا في صفة الإذن فقوله ، كما تقدم في الوكالة كالمضارب ، لأن الأصل براءته ، وعبارته موهمة ، والله أعلم ، (وله) أي الخياط (أجرة مثله) لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه ، ولا يستحق المسمى ، لأنه لا يثبت بمجرد دعواه ، (ومثله) أي الخياط (صباغ ونحوه) كصائغ وغيره من الأجراء (اختلف هو) أي الصباغ ، (وصاحب الثوب في لون الصبغ) بأن قال : أذنت لي في صبغة أسود ، قال رب الثوب : بل أحمر ونحوه ، فيقبل قول الصباغ وله أجرة مثله ، (ولو قال) رب ثوب لخياط (إن كان الثوب يكفيني) قميصاً أو قباء ، (فاقطعه وفصله فقال) الخياط (يكفيك ، ففصله) الخياط ، (ولم يكفه ضمنه) أي ضمن أرش تقطيعه ، لأنه إنما أذنه في قطعه بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، (ولو قال : انظر هل يكفيني قميصاً) أو قباء ، (فقال: نعم ، فقال : اقطعه فقطعه ، فلم يكفه لم يضمن) لأنه أذنه من غير اشتراط ، بخلاف التي قبلها ، (ولو أمره) أي أمر رب ثوب الخياط (أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً) لتعديه بقطعه كذلك ، (وإذا دفع إلى حائك غزلاً فقال) رب الغزل : (انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع، فنسجه زائداً على ما قدره له في الطول والعرض فلا أجر له) أي الحائك (في الزيادة) لأنه غير مأمور بها ، (وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها) لتعديه ، (فأما ما

عدا الزائد ، فإن كان جاءه زائداً في الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله المسمى) من الأجر ، وإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان ، أحدهما: لا أجر له ، لأنه مخالف لأمر المستأجر . والثاني: له المسمى ، لأنه زاد على ما أمر به ، فأشبه زيادة الطول ، ومن قال بالأول فرق بين الطول والعرض : بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ، ولا يمكن ذلك في العرض ، وإن جاء به ناقصاً في الطول والعرض ، أو في أحدهما ففيه وجهان أيضاً ، أحدهما: لا أجر له ، وعليه ضمان نقص الغزل لمخالفته . والثاني: له بحصته من المسمى ، وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر، فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل ، قاله الموفق ، (ولو ادعى) المستأجر (مرض العبد) المؤجر ، (أو إباقه، أو شرود الدابة) المؤجرة (أو موتها بعد فراغ المدة أو فيها) أي المدة ، (أو) ادعى (تلف المحمول قبل قوله) لأنه مؤتمن ، (ولا أجرة عليه إذا حلف أنه ما انتفع) بالعين المؤجرة ، (فإن اختلفا) أي المؤجر والمستأجر (في قدر الأجرة) المسماة ، (فكاختلافهما في قدر الثمن في البيع) فيتحالفان ، وتقدم في البيع ، (وإن اختلفا في قدر مدة الإجارة كقوله : آجرتك سنة بدينار ، قال) المستأجر : (بل سنتين بدينارين ، فقول المالك) لأنه منكر للزائد ، وكما تقدم إذا اختلفا في قدر المبيع ، (وإن قال) المستأجر : (آجرتنيها سنة بدينار ، وقال المؤجر) : (بل بدينارين تحالفا) لأنهما اختلفا في قدر الأجرة ، (ويبدأ بيمين الآجر) ويجمع في يمينه إثباتاً ونفياً ، فيقول : ما أجرتكها بدينار ، بل بدينارين ، ثم يعكس المستأجر لأن الإجارة نوع من البيع ، (فإن كان) التحالف (قبل مضي شيء من المدة فسخاً) أو أحدهما (العقد ورجع كل واحد منهما في ماله) لأن العقد ارتفع ، (وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد) لأنه لا ينفسخ بالتحالف ، بل بالفسخ بعده ، (وإن فسخا) أو أحدهما (العقد بعد) مضي (المدة أو) مضي (شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل) لتعذر رد المنفعة ، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه ، (وإن قال) المؤجر : (آجرتكها سنة بدينار ، وقال) المستأجر : (بل سنتين بدينار تحالفاً وصارا كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة) لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض ، (وإن قال) رب الدار : (آجرتك الدار سنة بدينار ، فقال الساكن : بل استأجرتني على حفظها بدينار ، فقول رب الدار) بيمينه ، إلا أن يكون للساكن بينة ، لأن الأصل براءته، والأصل في القابض لمال غيره الضمان ، فيحلف كل منهما على نفي ما ادعاه الآخر ، ويغرم الساكن أجرة المثل لمدة سكناه فقط ، هذا مقتضى القواعد .



(فصل في وجوب الأجرة بالعقد)

وتجب الأجرة بنفس العقد ، (فتثبت في الذمة وإن تأخرت المطالبة بها) لأنها عوض أطلق في عقد معاوضة ، فملك بمطلق العقد كالثمن والصداق ، (وله الوطء إذا كانت الأجرة أمة) لأنه ملكها بالعقد ، (سواء كانت) الإجارة (إجارة عين) كعبد، ودار معينة، (أو في الذمة) ، سواء اشترط الحلول أو أطلق ، وسواء كانت المدة تلي العقد أو لا ، وأما قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) ، وقوله ﷺ : «وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِّهِ أَجْرَهُ» (٢) ، فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها ، وكذلك الحديث ، ويحققه أن الإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (٣) ، والصداق يجب قبل الاستمتاع ، وهذا هو الجواب عن الحديث ، ويدل له : أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلتم : تجب الأجرة شيئاً فشيئاً .

قال في المغني : ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة ، (ويستحق) الأجرة (كاملة) أي يملك المؤجر المطالبة بها ، (ويجب) على المستأجر (تسليمها بتسليم العين) معينة كانت في العقد، أو موصوفة في الذمة (لمستأجر) لأن تسليم العين يجري مجرى تسليم نفعها ، (أو بذلها له) بأن يأتي المؤجر بالعين للمستأجر ليستوفي ما وقع عليه عقد الإجارة من منفعتها ، فيمتنع من تسلمها لأنه فعل ما عليه ، كما لو بذل البائع العين المبيعة ، (أو بفراغ عمل بيد مستأجر ويدفعه إليه) أي إلى المستأجر (بعد عمله) هكذا في التنقيح . قال في المغني : وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل ، لأنه عوض ، فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض ، كالصداق والثمن في البيع . وعبارة المنتهى وشرحه : وتستقر بعمل ما بيد مستأجر ، كطباخ استؤجر لطبخ شيء في بيت المستأجر فطبخه وفرغ منه ، (ويدفع غيره) أي غير ما بيد مستأجر ، كما لو اتفقا على أن الطباخ يطبخ ما استؤجر على طبخه في داره ، فيستحق الأجرة عند إتيانه إلى المستأجر معمولاً ، لأنه في الحالتين قد سلم ما عليه ، فاستحق

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في الصحيح ، كتاب البيوع ، باب إثم من باع حراً ، راجع الفتح للحافظ ابن حجر : ٤١٨/٤ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٤ .

تسليم عوضه ، وهو الأجرة . انتهى ، وهو معنى كلامه في المبدع ، ومحل وجوب تسليم الأجرة (إن لم تؤجل) ، فإن أجلت لم يجب بذلها حتى تحل ، كالثمن والصداق .

(ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه) المستأجر ، وإن وجبت بالعقد وعلى هذا وردت النصوص ، ولأن الأجير إنما يوفي أجره إذا قضى عمله ، لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم العوض ، كالصداق والثمن ، وفارق الإجارة على الأعيان ، لأن تسليمها أجرى مجرى تسليم نفعها ومتى كانت على عمل في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ، ولا ما يقوم مقامها ، (وتستقر) الأجرة (بمضي المدة) ، حيث سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ، ولا حاجز له عن الانتفاع ، ولو لم ينتفع، لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهو حقه ، فاستقر عليه بدله ، كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري ، (أو) أي وتستقر الأجرة أيضاً (بفراغ العمل) هكذا في التنقيح ، والمراد إن كان الأجير يعمل ببيت المستأجر ، وإلا فبتسليمه معمولاً كما تقدم ، وتستقر الأجرة أيضاً ببذل تسليم عين لعمل في الذمة إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها ، كما لو قال : اكتريت منك هذه الدابة لأركبها إلى بلد كذا بكذا ذهاباً وإياباً وسلمها إليه المؤجر ومضت مدة يمكن فيها ذهابه إلى ذلك البلد ، ورجوعه على العادة ولم يفعل ، نقل ذلك في المغني عن الأصحاب ، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه ، (وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض) التي كانت مؤجرة (غراس ، أو بناء شرط قلعه عند انقضائها) أي الإجارة ، لزم قلعه مجاناً ، (أو) كان شرط قلعه (في وقت) معين (لزم) المستأجر (قلعه) أي الغراس أو البناء في محل الشرط ، وفاء بموجب شرطه .

فإن قلت : إذا كان إطلاق العقد فيهما يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فيفسد ، أجيب بأن اقتضاءه التأبيد إنما هو من حيث إن العادة تبقيتهما ، فإذا أطلقا حمل على العادة ، فإذا شرط خلافه جاز ، كما لو باع بغير نقد البلد وحينئذ يقلع (مجاناً ، فلا تجب على رب الأرض غرامة نقص) الغراس أو البناء ، (ولا) يجب (على مستأجر تسوية حفر) أرض ، (ولا إصلاح أرض) لأنهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع ، (إلا بشرط) لما تقدم ، فإن اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز إذا شرطا مدة معلومة ، (وإن لم يشترط قلعه) بأن أطلقا الإجارة ، (أو شرط بقاؤه) أي الغراس أو البناء ، (فلمالك الأرض أخذه بالقيمة إن كان ملكه) للأرض (تاماً) ، ويأتي مفهومه. فيدفع قيمة الغراس أو البناء فيملكه مع أرضه ، لأن الضرر يزول بذلك ، (ويأتي في الشفعة: كيف يقوم الغراس) والبناء ، وذلك بأن تقوم الأرض مغروسة أو مبنية ، ثم تقوم خالية

فما بينهما قيمة الغراس والبناء ، (وإن كان المستأجر شريكاً في الأرض شركة شائعة فبني أو غرس) بعد أن استأجر حصة شريكه ، (ثم انقضت المدة فللمؤجر أخذ حصة نصيبه من الأرض والبناء والغراس) يعني إن كان يملك نصف الأرض أخذ نصف الغراس أو البناء بنصف قيمته ، أو الربع أخذ ربعهما بربع القيمة وهكذا ، ولو قال: من البناء ، لكان صواباً ، كما هي عبارة ابن نصر الله التي هي أصله ، (وليس له) أي الشريك المؤجر (إلزامه) أي الشريك المستأجر (بالقلع) ، ولو ضمن له نقص ما في نصيبه (لاستلزامه قلع ما لا يجوز قلعه) لعدم تمييز ما يخص نصيبه من الأرض من الغراس والبناء ، والضرر لا يزال بالضرر ، قاله ابن نصر الله .

(ولا يتملكه) أي الغراس أو البناء بعد انقضاء مدة الإجارة (غير تام الملك كالموقوف عليه المستأجر) والموصي له بالمنفعة لقصور ملكه ، ولذلك لا يأخذ بالشفعة ، هذا تخريج لابن رجب وفي الفائق : لو كانت الأرض وقفاً لم يتملك إلا بشرط واقف ، أو رضا مستحق . وقال في التنقيح : بل إذا حصل به نفع كان له ذلك . انتهى .

ويأتي في الوقف أن الموقوف عليه له تملك زرع الغاصب بالنفقة ، ومقتضى كلامه : أنه لا فرق ، وكذلك جوّز ابن رجب أيضاً أن يقال للمستأجر : تملك الزرع بنفقته ، إذ هو مالك المنفعة ، وخرج أيضاً على ذلك ما إذا غصبت الأرض الموصى بمنافعها أو المستأجرة وزرع فيها ، فهل يتملك الزرع مالك الرقبة أو مالك المنفعة ؟ ذكره في القاعدة التاسعة والسبعين ، وقال في كتابه المسمى بأحكام الخراج ، فيما إذا خرج من بيده الأرض الخراجية منها وله غراس أو بناء فيها ، فهل يقال : للإمام أن يتملكه للمسلمين من مال الفئ إذا رآه أصلح ، كما يتملك ناظر الوقف ما غرس فيها أو بني بالقيمة بعد انقضاء المدة ؟ ولا يبعد جوازه ، بل أولى من ناظر الوقف ، للاختلاف في ملك الموقوف عليهم لرقبة الوقف ، وأما المسلمون فإنهم يملكون رقبة أرض العنوة . فظاهره جوازه للناظر مطلقاً إذا رآه مصلحة . انتهى .

(و) لا يتملكه (مرتهن) لأنه لا ملك له ، وإنما له حق الاستيثاق ، وقوله : (أو تركه بالأجرة ، أو قلعه) أي الغراس أو البناء ، (وضمان نقصه) عطف على أخذه بقيمته لما فيه من الجمع بين الحقين ، (ولصاحب الشجر) أو البناء (بيعه لمالك الأرض ولغيره) لأن ملكه عليه تام ، فله التصرف فيه بما شاء ، (فيكون) المشتري غير مالك الأرض (بمنزلته) أي المستأجر ، (وفي التلخيص وغيره : إذا اختار المالك القلع وضمان النقص ، فـ) ـمؤنة (القلع على المستأجر) وجزم به في المنتهى ، لأن عليه تفريغ العين المؤجرة مما أشغلها به من ملكه ، ولو كان ذلك بأمر المالك ، (وليس عليه) أي

المستأجر (تسوية حفر لأن المؤجر دخل على ذلك . انتهى ، ومحل) كون (الخيرة في ذلك لرب الأرض ما لم يختر مالكه قلعه ، فإن اختاره) مالكه ، (فله ذلك) وليس لمالك الأرض منعه ليتملكه بقيمته ، أو ليجب عليه أجر مثله بتبقيته ، لأنه ملك مالكه، فكان له أخذه من العين المؤجرة كغيره من المملوكات ، (وعليه) أي المستأجر إن اختار القلع دون رب الأرض (تسوية الحفر) لأنه أدخل نقصاً على ملك غيره بغير إذنه ، فكان عليه مؤنة إزالته ، (وظاهر كلامهم ، كما قال صاحب الفروع : لا يمنع الخيرة من أخذ رب الأرض له أو قلعه وضمان نقصه أو تركه بالأجرة : كون المستأجر) فاعل لا يمنع (وقف ما غرسه أو بناه) ولو نحو مسجد (فإذا لم يتركه) رب الأرض (في الأرض لم يبطل الوقف بالكلية ، بل ما يؤخذ بسبب قلعه وضمان نقصه ، أو) أخذ بسبب (تملكه بالقيمة يكون بمثابة ما لو أتلف الوقف وأخذت منه) أي المتلف (قيمته يشتري بها ما يقوم مقامه فكذا هنا) يشتري بالقيمة، أو بما أخذ من أرش القلع ما يقوم مقامه. والظاهر: أن الآلات والغراس المقلوع باق عل الوقف ، فإن أمكن وضعه في محل آخر، وإلا بيع واشترى بثمنه ما يقوم مقامه ، (وهو) أي الحكم (كما قاله) صاحب الفروع ، (وهو ظاهر ، وظاهر كلامهم : لا يقلع الغراس) والبناء (إذا كانت الأرض وقفاً) ، وتقدم أنه لا يتملك إلا تام الملك ، وحينئذ فيبقى بأجرة المثل ، (بل قال الشيخ : ليس لأحد أن يقلع غراس المستأجر وزرعه صحيحة كانت الإجارة ، أو فاسدة) لتضمنها الإذن في وضعه ، (بل إذا بقي فعليه) أي مالكه ، (أجرة المثل ، وإن أبقاه) أي الغراس أو البناء الموقوف (بالأجرة ، فمتى باد بطل الوقف ، وأخذ الأرض صاحبها، فانتفع بها).

وقال الشيخ تقي الدين فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً ، أو بناء وقفه عليه : متى فرغت المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف ، وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها ، وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل . قال في الإنصاف : وهو الصواب ولا يسع الناس إلا ذلك، (ومحل الخيرة) بين ما تقدم (أيضاً ما لم يكن البناء مسجداً ونحوه) كسقاية وقنطرة ، (فلا يهدم ولا يتملك ، وتلزم الأجرة إلى زواله) لأنه العرف ، إذ وضع هذه للدوام ، (ولا يعاد) المسجد ونحوه لو انهدم (بغير رضا رب الأرض) لزوال حكم الإذن بزوال العقد ، (ولو غرس أو بني مشتر) فيما اشتراه ، (ثم فسخ البيع بعيب) أو غبن، أو إقالة، أو خيار شرط ونحوه (كان لرب الأرض الأخذ) أي أخذ غراس المشتري أو بنائه (بالقيمة ، أو القلع وضمان النقص) لأنه وضع بحق ، وفي ذلك جمع بين حق البائع والمشتري ، (و) له (تركه) أي الغراس أو البناء (بالأجرة) إن تراضيا عليها ، لأن الحق لا يعدوهما ، (وأما المبيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشتري أو بني ، فحكمه حكم

المستعير إذا غرس أو بني على ما يأتي في بابه) أي فلا يقلع غراسه ولا بناءه مجاناً ، بل لرب الأرض تملكه بقيمته، أو قلعه وضمان نقصه ، لأن تعاطيه العقد معه وإن كان فاسداً يتضمن الإذن في الانتفاع ، وكذا مستأجر بعقد فاسد ، (وإن كان فيها) أي الأرض التي انقضت إجارتها (زرع بقاؤه بتفريط مستأجر مثل أن يزرع) المستأجر (زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة ، فحكمه حكم زرع الغاصب) ، لأن بقاءه فيها بعدوانه (للمالك) للأرض (أخذه) أي الزرع (بالقيمة) هكذا في المقنع، والمغني والتنقيح، والمنتهى . وقال الموضح : وكزرع غاصب ، قاله الأصحاب فيؤخذ بنفقته، قاله في الكافي وغيره . انتهى ، وهي مثل البذر وعوض لواحقه ، لأنهم جعلوه حكم الغاصب وهذا حكمه (ما لم يختر مستأجر قلع زرعه في الحال ، وتفريغ الأرض ، فإن اختاره فله ذلك) أي قلعه ، لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض فارغة ، (ولا يلزمه) أي المستأجر قلع زرعه ولو طلبه المالك في هذه الحالة ، لأن له حداً ينتهي إليه بخلاف الغرس، (وللمالك تركه) أي الزرع (بالأجرة) كزرع غاصب ، (وإن كان بقاؤه) أي الزرع بعد انقضاء المدة (بغير تفريط) المستأجر (مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة) الباقية من مدة الإجارة (عادة فأبطأ) أي تأخر انتهاؤه (لبرد أو غيره لزمه) أي رب الأرض (تركه بأجرة مثله إلى أن ينتهي) لحصوله في أرضه بإذنه من غير تفريط ، أشبه ما لو أعاره أرضاً فزرعها ، ثم رجع قبل كماله ، (وله المسمى) لمدة الإجارة ، (وأجرة المثل لما زاد) عن مدة الإجارة ، وتقدم بعضه .

(ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله) عادة (في مدة الإجارة فللمالك منعه) لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق ، (فإن زرع) ما لا يكمل عادة في المدة (لم يملك) رب الأرض (مطالبته بقلعه قبل انقضاء المدة) لأنه في أرض يملك نفعها ، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة ، فقبلها أولى ، وإن زرع مؤجر في أرض أجرها قبل انقضاء مدة الإجارة زرعاً يضر بالمستأجر ، أو غرس أو بني ، فذكر القاضي في خلافه أن الجميع يقلع الزرع هنا ، لأن مالك الأرض هو الزارع ، والمتعلق حقه بها لا يمكن تملكه لعدم ملكه ، فتعين القلع . قال ابن رجب : وفيه نظر ، إذ يجوز أن يقال للمستأجر : تملك الزرع بنفقته كالموقوف عليه ، يتملك زرع الغاصب ، ويحتمل تخريج ذلك على الوجهين في ملك الموقوف عليه للشفعة في شركة الوقف ، هذا حاصل كلامه ، لكن يفرق بين الموقوف عليه والمستأجر أن الموقوف عليه يملك العين لكن ملكاً قاصراً بخلاف المستأجر ، فإنه لا ملك له في العين ، (ولو اكترى أرضاً لزرع مدة لا يكمل) ذلك الزرع (فيها) عادة ، (وشرط) المستأجر (قلعه بعدها) أي مدة الإجارة ، فـ (صح) العقد لأنه لا

يقضي إلى الزيادة على مدته ، وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه حصيلاً أو غيره ، ويلزمه ما التزم ، (وإن شرط بقاءه) أي الزرع ، (ليدرك) بعد مدة الإجارة فسدت ، (أو سكت) فلم يشترط قطعاً ولا بقاء (فسدت) ، أما في الأولى فلأنه جمع بين متضادين ، لأن تقديره المدة يقتضي التفريغ بعدها وشرط التبقية يخالفه ، ولأن مدة التبقية مجهولة ، وأما في الثانية فلأنه اكتراها لزرع شيء لا ينتفع بزرعه في مدة الأجارة، أشبه إجارة أرض السبخة للزرع ، (وإذا تسلم العين المعقود عليها في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة) أو بعضها، أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أولاً ، (فعليه أجرة المثل) لمدة بقائها في يده (سكن أو لم يسكن) لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر ، فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاه ، (وإن لم يتسلم) العين في الإجارة الفاسدة (لم يلزمه أجرة ولو بذلها) أي العين (المالك) لأن المنافع لم تتلف تحت يده، والعقد الفاسد لا أثر له بخلاف الإجارة الصحيحة ، (وإن اكترى) المستأجر (بدراهم وأعطاه) أي المؤجر (عنها دنانير) ، أو ثياباً ، أو حيواناً ، أو عقاراً ، أو نحوه ، (ثم انفسخ العقد) والعيب أو نحوه (رجع المستأجر بالدراهم) لأن العقد إذا انفسخ رجع كل من المتعاقدين في العوض الذي بذله ، وعوض العقد هو الدراهم والمؤجر أخذ الدنانير ونحوها بعقد آخر ، ولم ينفسخ ، أشبه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بدنانير ، أو اشترى بها شيئاً ، وكذلك البيع ونحوه وتقدم ، (وإذا انقضت المدة) أي مدة الإجارة ، أو استوفى العمل من العين المؤجرة (رفع المستأجر يده) عن العين المؤجرة ، (ولم يلزمه) أي المستأجر (الرد ولا مؤنته كمودع) لأنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي الرد ولا مؤنته ، بخلاف العارية . وفي التبصرة يلزم المستأجر رد العين المؤجرة إذا شرط عليه ، (وتكون) العين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإجارة (في يده) أي المستأجر (أمانة) كما كانت في المدة ، فـ (ـإن تلفت) المؤجرة قبل ردها (من غير تفريط) ولا تعد (فلا ضمان عليه) كالوديعة ، لكن متى طلبها ربها وجب تمكينه منها ، فإن منعه لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة ، ونماؤها كالأصل ، فلو استأجر دابة فولدت عنده كان ولدها أمانة كأمه ، وليس له الانتفاع به ، لأنه غير داخل في العقد ، وهل له إمساكه بغير إذن مالكه تبعاً لأصله أم لا ؛ كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره ، خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين ، (ولا تقبل دعواه) أي المستأجر (الرد) أي رد العين المؤجرة إلى مالكها إذا أنكره ، (إلا ببينة لأنه قبضه) أي المؤجر (لمنفعة نفسه) فهو (كالمرتهن والمستعير) والمضارب .

« تتمة » : قال القاضي فيمن استأجر عبداً للخدمة : إن له المسافرة به في العقد المطلق قال: فإن شرط ترك المسافرة به لزم الشرط، وقال: ليس للسيد أن يسافر برقيقه إذا أجره.

باب السبق والمناضلة

السبق بسكون الباء بلوغ الغاية قبل غيره ، والسباق فعال منه ، و(السبق بفتح الباء) والسبقة (الجعل الذي يسابق عليه ، و) السبق (بسكونها) أي الباء مصدر سبق ، وهو (المجاراة بين حيوان ونحوه) كسفن ، (والمناضلة) من النضل يقال : ناضله مناضلة ونضالاً ، ونيضالا ، وهي (المسابقة بالسهام) وهي النشاب والنبل (تجوز) المسابقة (بلا عوض على الإقدام ، وبين سائر الحيوانات من إبل ، وخيل ، وبغال ، وحمير ، وفيلة) جمع فيل ، (وطيور حتى بحمام) خلافاً للآمدي ، (وبين سفن ، ومزاريق) جمع مزراق بكسر الميم : رمح قصير أخف من العنزة ، قاله في حاشيته ، (ونحوها) كالرمح والعنزة ، (ومجانيق ورمي أحجار بيد ومقاليع) لقوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ [1] الآية ، وصح من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « سَابَقَ بَين الخَيْلِ الْمُضمرَةِ مِن الحَفْيَاءِ إلى ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ ، وَبَيْنَ التي لم تُضمَرْ مِنْ ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ إلى مَسْجد بَني زُرَيْقٍ » [2] .

(قال موسى بن عقبة : من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة ، وقال سفيان: من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل أو نحوه ، والخيل المضمرة هي المعلوفة القوت بعذ السمن ، قاله في القاموس ، (ويكره الرقص ومجالس الشعر وكل ما يسمى لعباً) ذكره في الوسيلة لحديث عقبة الآتي ، (إلا ما كان معيناً على قتال العدو) لما تقدم ، (فيكره لعبه بأرجوحة) ونحوها ذكره ابن عقيل وغيره ، (وكذا مراماة الأحجار ونحوها ، وهو أن يرمي كل واحد الحجر إلى صاحبه) قال الآجري في النصيحة من وثب وثبة مرحاً ولعباً بلا نفع ، فانقلب فذهب عقله عصي وقضى الصلاة .

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٦٠ .

(٢) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الصلاة ، باب هل يقال مسجد بني فلان ، وفي كتاب الجهاد ، باب السبق بين الخيل ، وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة ، باب المسابقة بين الخيل . (قال سفيان بين الحفياء إلى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة وبين ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ميل » ، وقوله : أضمرت من الضمر وهو الهزال وخفة اللحم ، وأراد بالإضمار التضمير ، وقد كانوا يشدون عليه السرج ويجللونه حتى يعرق تحته فيهذب رهله ويشتد لحمه ، وقوله : الحفياء -بفتح الحاء وسكون الفاء - اسم موضع . وثنية الوداع موضع التوديع ، والثنية : العقبة . والميل ١٫٨٤٨ كم .

(وظاهر) كلام (الشيخ : لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة) قال : ويجوز اللعب بما قد يكون فيه مصلحة بلا مضرة ، (وقال : كل فعل أفضى إلى محرم كثيراً حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة ، لأنه يكون سبباً للشر والفساد ، وقال أيضاً : ما ألهى وشغل عما أمر الله به فهو منهى عنه ، وإن لم يحرم جنسه ، كبيع وتجارة ونحوهما . انتهى) ، وما روى : « أنَّ عَائشةَ وَجَوارى مَعَهَا كُنَّ يَلْعَبْنَ باللُّعَب ، والنَّبيُّ ﷺ يراهن »[1] رواه أحمد وغيره ، « وكَانَتْ لهَا أُرْجُوحَةٌ قَبْلَ أنْ تَتَزَوَّجَ »[2] رواه أبو داود بإسناد جيد ، فيرخص فيه للصغار ما لا يرخص للكبار ، قاله الشيخ تقي الدين في خبر ابن عمر في زمارة الراعي . قلت : ولعب الجواري باللعب غير المصورة فيه مصلحة للتمرن على ما هو المطلوب منهن عادة ، ويتوجه كذا في العيد ونحوه ، لقصة أبي بكر ، وقوله ﷺ : « دَعْهُمَا فَإنّهَا أيّامُ عِيدٍ » .

(ويستحب اللعب بآلة الحرب ، قاله جماعة ، والثقاف) ، لأنه يعين على قتال العدو (ويتعلم بسيف خشب لا حديد نصاً) نقله أبو داود ، لقوله ﷺ : « لا يُشيرُ أحَدُكُمْ بِحَديدٍ » ، (وليس من اللهو المحرم ولا) اللهو (المكروه تأديب فرسه وملاعبته أهله ورميه عن قوسه) لحديث عقبة مرفوعاً : « كُلُّ شَيْءٍ يَلْهُو بِهِ ابنُ آدَمَ فَهُوَ بَاطِلٌ »[3] ثم استثنى هذه الثلاثة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وحسنه ، والمراد ما فيه مصلحة شرعية ، ويدخل فيه تعليم الكلب للصيد والحراسة ، وتعليم السباحة ، ومنه ما في الصحيحين من « لَعِبِ الحَبَشَةِ بدرقهمْ وَحِرَابِهِمْ وَتَوَثُّبِهِمْ بذَلكَ عَلَى هَيْئَةِ الرَّقْصِ في يَوْمِ عيدٍ في مَسْجدِ النَّبيِّ ﷺ وَسَتْرَ النَّبيُّ ﷺ عَائشَةَ وهِيَ تَنْظُرُ إلَيْهِمْ وَدَخَلَ عُمَرُ فَأَهْوَى إلى الحَصْبَاءِ يَحْصِبُهُمْ فَقَالَ النَّبيُّ ﷺ : دَعْهُمْ يَا عُمَرُ »[4] متفق عليه ، (ويكره لمن علم الرمي أن يتركه كراهة شديدة) لقوله ﷺ : « وَمَنْ عَلِمَ الرَّمْيَ ثُمَّ تَرَكَهُ فَهِيَ نِعْمَةٌ كَفَرَهَا »[5] قال العلقمي : وردت من طرق صحيحة بألفاظ مختلفة ، والمعنى واحد ،

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند عائشة رضي الله عنها .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في السنن : ٤/٢٨٦ ، كتاب الأدب ، باب في الأرجوحة ، الأحاديث من ٤٩٣٣ - ٤٩٣٧ .

(٣) الحديث ذكره السيوطي في الجامع الكبير ، وعزاه للطبراني في الكبير عن عقبة ، ورمز له بالضعف .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير ، باب اللهو بالحراب ونحوها ، وأخرجه مسلم في كتاب صلاة العيدين ، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٥١٤) .

(٥) هذا جزء من حديث طويل من رواية عقبة بن عامر رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند:=

وسبب هذه الكراهة : أن من تعلم الرمي حصلت له أهلية الدفاع عن دين الله ونكاية العدو ، وتأهل لوظيفة الجهاد ، فإذا تركه فقد فرط في القيام بما قد يتعين عليه ، (وتجوز المصارعة) لأنه ﷺ « صَارَعَ رُكَانَةَ فَصَرَعَهُ » رواه أبو داود ، (و) يجوز (رفع الأحجار لمعرفة الأشد) لأنه في معنى المصارعة ، (وأما اللعب بالنرد والشطرنج ، ونطاح الكباش ونقار الديوك ، فلا يباح بحال) أي لا بعوض ولا بغيره ، ويأتي في الشهادات موضحاً (وهي) أي هذه الأشياء (بالعوض أحرم) أي أشد حرمة ، ويأتي في الشهادات ، (ولا تجوز) المسابقة (بعوض إلا في الخيل، والإبل، والسهام للرجال) لقوله ﷺ: « لا سَبْقَ إلا فِي نَصْلٍ، أوْ خُفٍّ، أوْ حَافِرٍ » [1] رواه الخمسة، ولم يذكر ابن ماجة «أو نصل» وإسناده حسن ، واختصت هذه الثلاثة بأخذ العوض فيها ، لأنها من آلات الحرب المأمور بتعليمها وأحكامها ، وذكر ابن عبد البر : تحريم الرهان في غير الثلاثة إجماعاً ، وقوله: « للرجال » أخرج النساء لأنهن لسن مأمورات بالجهاد (بشروط خمسة) متعلق بتجوز.

(أحدها : تعيين المركوبين بالرؤية) سواء كانا اثنين أو جماعتين ، (وتساويهما في ابتداء العدو وانتهائه ، وتعين الرماة ، سواء كانا اثنين أو جماعتين) لأن المقصود في المسابقة معرفة سرعة عدو المركوبين اللذين يسابق عليهما ، وفي المناضلة معرفة حذق الرماة ، ولا يحصل ذلك إلا بالتعيين بالرؤية ، لأن المقصود معرفة عدو مركوب بعينه ، ومعرفة حذق رام بعينه ، لا معرفة عدو مركوب في الجملة، أو حذق رام في الجملة ، فلو عقد اثنان مسابقة على خيل غير معينة أو مناضلة ، ومع كل منهما نفر غير معين لم يجز (ولا يشترط تعيين الراكبين، ولا القوسين، ولا السهام) لأن الغرض معرفة عدو الفرس، وحذق الرامي ، دون الراكب والقوس والسهام ، لأنها آلة المقصود منها ، فلا يشترط تعيينها كالسرج ، (ولو عينها لم تعين) لما تقدم ، (وكل ما تعين لا يجوز إبداله ،

= ٤/ ١٤٤ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في فضل الرمي ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في الرمي ، الحديث (٢٥١٣) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ١٧٤، كتاب فضائل الجهاد ، باب ما جاء في فضل الرمي ، الحديث (١٦٣٧) ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٦/ ٢٢٢ - ٢٢٣ ، كتاب الخيل ، باب تأديب الرجل فرسه ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٤٠ ، كتاب الجهاد ، باب الرمي في سبيل الله ، الحديث (٢٨١١) .

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢/ ٤٧٤ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في السبق ، الحديث (٢٥٦٤) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ٢٠٥ ، كتاب الجهاد ، باب ما جاء في الرهان ، الحديث (١٧٠٠) ، واللفظ له ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٦/ ٢٢٦، كتاب الخيل ، باب السبق ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٩٦٠ ، كتاب الجهاد ، باب السبق والرهان ، الحديث (٢٨٧٨) .

كالمتعين في البيع وما لا يتعين يجوز إبداله لعذر وغيره) فإن شرط أن لا يرمى بغير هذا القوس أو بغير هذا السهم ، أو لا يركب غير هذا الراكب فهو فاسد ، لأنه ينافي مقتضى العقد .

الشرط (الثاني : أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد) لأن التفاوت بين النوعين معلوم بحكم العادة ، أشبها الجنسين ، (فلا تصح) المسابقة (بين فرس عربي وهجين) وهو ما أبوه فقط عربي ، (ولا) المناضلة (بين قوس عربية وفارسية) والعربية قوس النبل والفارسية قوس النشاب ، قاله الأزهري ، (ولا يكره الرمي بالقوس الفارسية) ولا المسابقة بها ، وقال أبو بكر : يكره الرمي بها ، لما روى ابن ماجة أن النبي ﷺ «رَأَى مَعَ رَجُلٍ قَوْساً فَارِسِيَّةً ، فَقَالَ : أَلْقِهَا فَإِنَّهَا مَلْعُونَةٌ ، وَلَكِنْ عَلَيْكُمْ بِالْقِسِيِّ العَرَبِيَّةِ، وَبِرِمَاحِ القَنَا : فَبِهَا يُؤَيِّدُ اللهُ هَذَا الدِّينَ ، وَبِهَا يُمَكِّنُ اللهُ لَكُمْ فِي الأَرْضِ » [1] رواه الأثرم.

والجواب : أنه يحتمل أنه لعنها لحمل العجم لها في ذلك العصر قبل أن يسلموا ومنع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها .

الشرط (الثالث : تحديد المسافة والغاية) بأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة الأسبق . ولا يحصل إلا بتساويهما في الغاية ، لأن أحدهما قد يكون مقصراً في ابتداء عدوه سريعاً في آخره ، وبالعكس ، (و) تحديد (مدى الرمي بما جرت به العادة) لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ، (ويعرف ذلك) أي مدى الرمي (بالمشاهدة) نحو : من هنا إلى هناك (أو بالذراع نحو مائة ذراع أو مائتي ذراع وما لم تجر به عادة) وهو ما تتعذر الإصابة فيه غالباً ، (وهو ما زاد في الرمي على ثلاثمائة ذراع ، فلا يصح) لأنه يفوت به الغرض المصود بالرمي . قيل : إنه ما رمي في أربعمائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهني ، (ولا يصح تناضلهما على أن السبق لا يعدوهما رمياً) لعدم تحديد الغاية .

الشرط (الرابع : كون العوض معلوماً . إما بالمشاهدة أو بالقدر أو بالصفة . (لأنه مال في عقد ، فاشترط العلم به كسائر العقود ، والمراد بمعرفته بالقدر إذا كان بالبلد نقد واحد أو أغلب ، وإلا لم يكف ذكر القدر ، بل لا بد من وصفه) ويجوز أن يكون

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٩٣٨/٢ ، كتاب الجهاد ، باب السلاح ، الحديث (٢/ ٥١٠) ، وفي الزوائد في إسناده عبد الله بن بشر الجياني ، ضعفه يحيى القطان وغيره ، وذكره ابن حبان في الثقات ، لكنه ما أجاد في ذلك .

(العوض) حالاً ومؤجلاً ، و (أن يكون بعضه حالاً ، وبعضه مؤجلاً) كالثمن والصداق، (ويشترط أن يكون) العوض (مباحاً) كالصداق والبيع ، فلا تصح على خمر ونحوه ، (وهو) أي بذل العوض المذكور (تمليك) للسابق (بشرط سبقه) فلهذا قال في الانتصار : في شركة العنان ، القياس : لا يصح انتهى . قلت : في كلامهم أنه جعالة، فليس من قبيل التمليك المعلق على شرط محض .

الشرط (الخامس : الخروج عن شبه القمار) لأن القمار محرم فشبهه مثله ، والقمار -بكسر القاف- مصدر قامره فقمره ، إذا راهنه فغلبه ، (بأن لا يخرج جميعهم) لأنه إذا خرج كل واحد منهم فهو قمار ، لأنه لا يخلو ، إما أن يغنم أو يغرم ، ومن لم يخرج بقي سالماً من الغرم ، (فإن كان الجعل من الإمام من ماله أو من بيت المال) جاز ، لأن في ذلك مصلحة وحثاً على تعليم الجهاد ونفعاً للمسلمين . (أو) كان الجعل (من غيرهما أو من أحدهما) وحده ، لأنه إذا جاز بذله من غيرهما فمن أحدهما أولى ، وكذا لو كانوا ثلاثة ، فأخرج اثنان منهم ، أو أربعة فأخرج ثلاثة منهم ونحوه ، (على أن من سبق أخذه جاز ، فإن جاآ معاً فلا شيء لهما) لأنه لا سابق فيهما ، (وإن سبق المخرج) للجعل (أحرز سبقه) بفتح الباء أي ما أخرجه ، (ولم يأخذ) السابق (من الآخر) المسبوق (شيئاً) لأنه إن أخذ منه شيئاً كان قماراً ، (وإن سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه) فملكه وكان كسائر ماله ، لأنه عوض في الجعالة ، فملك فيها كالعوض المجعول في رد الضالة ، فإن كان العوض في الذمة فهو دين يقضى به عليه ، ويجبر عليه إن كان موسراً ، وإن أفلس ضرب به مع الغرماء ، (وإن أخرجا) أي المتسابقان (معاً لم يجز ، وكان قماراً ، لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم، أو يغرم ، وسواء كان ما أخرجاه متساوياً، أو متفاوتاً ، مثل إن أخرج أحدهما عشر ، و) أخرج (الآخر خمسة إلا بمحلل لا يخرج شيئاً) لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ لا يأمَنُ أنْ يَسْبِقَ فَلَيْسَ قِمَاراً ، وَمَنْ أدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ آمِنٌ أنْ يَسْبِقَ فَهُوَ قِمَارٌ »[1] رواه أبو داود ، فجعله قماراً إذا أمن السبق ، لأنه لا يخلو كل واحد منهما أن يغنم أو يغرم ، وإذا لم يأمن أن يسبق لم يكن قماراً ،

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٥٠٥/٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في المحلل ، الحديث (٢٥٧٩) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٩٦٠/٢ ، كتاب الجهاد ، باب السبق .... الحديث (٢٨٧٦) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ١١٤/٢ ، كتاب الجهاد ، باب عليكم بالدُّلجة ... وتابعه برواية صحيحة ، ووافقه الذهبي ، وأخرجه البغوي في شرح السنة : ٣٩٦/١٠ ، كتاب السير والجهاد ، باب أخذ المال على المسابقة ، الحديث (٢٦٥٤) .

لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو من ذلك ، (ويكفي) محلل (واحد ولا تجوز الزيادة عليه) لدفع الحاجة به . قال الآمدي : ويشترط في المحلل أن يكون (يكافيء فرسه فرسيهما ، أو) يكافيء (بعيره بعيريهما ، أو) يكافيء (رميه رميهما) للخبر السابق ، (فإن سبقهما) أي سبق المحلل المخرجين (أحرز) المحلل (سبقيهما) بفتح الباء لأنهما جعلا لمن سبق ، (وإن سبقاه) أي المخرجان المحلل (أحرز سبقيهما) أي أحرز كل منها ما أخرجه ، لأنه لا سابق منهما ولا شيء للمحلل ، لأنه لم يسبق واحداً منهما ، (ولم يأخذا منه شيئاً) لأنه لم يشترط عليه شيء لمن سبقه ، (وإن سبق أحدهما) أي المخرجين (أحرز السبقين) لأنهما جعلا لمن سبق ، (وإن سبق معه) أي مع أحد المخرجين (المحلل) بأن جاء أحدهما والمحلل معاً (أحرز السابق) منها (مال نفسه) لسبقه ، (ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين) لأنهما قد اشتركا في السبق، فوجب أن يشتركا في عوضه ، (وإن جاءوا) أي المخرجان والمحلل (الغاية دفعة واحدة ، أحرز كل واحد منهما سبق نفسه) لأنه لا سابق ، (ولا شيء للمحلل) لأنه لم يسبق ، (فإن قال المخرج) للعوض (من غيرهما : من سبق أو صلى (منكما) فله عشرة ، لم يصح إذا كانا اثنين (لأنه لا فائدة في طلب السبق إذن ، فلا يحرص عليه لأنه سوى بينهما ، (فإن كانوا أكثر) من اثنين صح ، لأن كل واحد منهم طلب أن يكون سابقاً أو مصلياً ، (أو قال) المخرج غيرهما : من سبق فله عشرة ، و(من صلى، أي جاء ثانياً فله خمسة ، صح) لأن كلا منهما يجتهد أن يكون سابقاً ليحرز أكثر العوضين ، وسمي الثاني مصلياً لأن رأسه تكون عند صلو الأزل ، والصلوان هما العظمان الناتئان من جانب الذنب . وفي الأثر عن علي قال : « سَبَقَ أَبُو بَكْرٍ وَصَلَّى عُمَرُ ، وَخَبَطَتْنا فِتْنَةٌ » .

(وكذا) يصح إذا فاوت العوض (على الترتيب للأقرب إلى السبق) بأن جعل للأول عشرة وللثاني ثمانية ، وللذي يليه خمسة ثم للذي يليه أربعة ، وهكذا (وخيل الحلبة) بفتح الحاء وسكون اللام (على الترتيب) وهي خيل تجمع للسباق من كل أوب ، لا تخرج من أصطبل واحد ، كما يقال للقوم إذا جاءوا من كل أوب للنصرة : قد أحلبوا، قاله في الصحاح ، أولها (مجل) السابق ، (فمصل) الثاني لما سبق (فتال) الثالث، لأنه يتلو المصلي ، (فبارع) الرابع ، (فمرتاح) الخامس (فخطى) السادس ، وهو بالخاء المعجمة ، (فعاطف) السابع ، (فمؤمل) بوزن معظم ، الثامن (فلطيم) التاسع (فسكيت) ككميت ، وقد تشدد ياؤه العاشر آخر خيل الحلبة ، (ففسكل) كقنفذ وزبرج وزِنبور ، وبرذون الذي يجيء آخر الخيل ، ويسمى القاشور والقاشر . وهذا

الترتيب قدمه في التنقيح وتبعه المصنف وصاحب المنتهي ، (و) في بعضها اختلاف ، فـ (ـفي الكافي وتبعه في المطلع : مجل فمصل فمسل فتال فمرتاح - إلى آخره) . وقال أبو الغوث : أولها المجلي وهو السابق ؛ ثم المصلي ، ثم المسلي ، ثم التالي ، ثم العاطف ، ثم المرتاح ، ثم المؤمل ، ثم الخطى ، ثم اللطيم ، ثم السكيت ، وهو الفسكل ، ذكره الجوهري ، (فإن جعل) من أخرج العوض (للمصلي أكثر من السابق، أو جعل للتالي أكثر من المصلي ، أو لم يجعل للمصلي شيئاً) ، وجعل للتالي عوضاً (لم يجز) لأنه يفضي إلى أن لا يقصد السبق ، بل يقصد التأخر فيفوت المقصود (وإن قال العشرة : من سبق منكم فله عشرة ، صح ، فإن جاءوا معاً فلا شيء لهم) لعدم السبق ، (وإن سبق واحد فله العشر) لسبقه ، (أو) سبق (اثنان فهي) أي العشرة (لهما) لأنهما السابقان ، (وإن سبق تسعة وتأخر واحد ، فالعشرة للتسعة) لأنهم سبقوا ، (وإن شرطا) أي المتسابقان ، (أن السابق يطعم السبق) بفتح الموحدة (أصحابه ، أو) يطعمه (بعضهم ، أو) يطعمه (غيرهم ، أو) قال : (إن سبقتني فلك كذا ، أو لا أرمي أبداً أو شهراً ، لم يصح الشرط) لأنه عوض على عمل ، فلا يستحقه غير العامل كالعوض في رد الآبق ، (وبصح العقد) أي عقد المسابقة لأنها عقد لا تتوقف صحتها على تسمية بدل ، فلم تفسد بالشرط الفاسد كالنكاح .



(فصل في بيان المسابقة)[1]

والمسابقة جعالة لأنها عقد على ما تتحقق القدرة على تسليمه ، فكان جائزاً ، كرد الآبق ، (وهي عقد جائز) لما مر (لا يؤخذ بعوضها رهن ولا كفيل) لعدم وجوبه ، و(لكل منهما فسخها ، ولو بعد الشروع فيها) لعدم لزومها (ما لم يظهر لأحدهما فضل) على صاحبه ، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة ، أو يصيب بسهامه أكثر منه ، (فإن ظهر) له عليه فضل ، (فله) أي الفاضل (الفسخ) لأن الحق له (دون صاحبه) المفضول ، لأنه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة ، فلا يحصل المقصود ، (وتبطل بموت أحد المتعاقدين) كوكالة ، (و) تبطل بموت (أحد المركوبين) لأن العقد تعلق بعينهما ، (ولا يقوم وارث الميت مقامه ، ولا يقيم الحاكم من يقوم مقامه) لأنها انفسخت بموته ، و(لا) تبطل (بموت الراكبين أو أحدهما ، ولا تلف أحد القوسين) أو هما (والسهام) لأن هذه غير معقود عليها ، فلم ينفسخ العقد بتلفها ، كموت أحد المتبايعين .

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(ويشترط) في المسابقة بعوض (إرسال الفرسين والبعيرين دفعة واحدة) فليس لأحدهما أن يرسل قبل الآخر ، (ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما، وعند الغاية من يضبط السابق منهما) لئلا يختلفا في ذلك ، (ويحصل السبق بالرأس في متماثل عنقه) من الخيل ، (و) السبق (في مختلفه) أي العنق من الخيل ، (و) السبق في (إبل) مطلقاً (بكتفه) لأن الاعتبار بالرأس هنا متعذر ، فإن طويل العنق قد تسبق رأسه لطول عنقه ، لا بسرعة عدوه ، وفي الإبل ما يرفع رأسه ، وفيها ما يمد عنقه، فربما سبق رأسه لمد عنقه لا بسبقه ، فلذلك اعتبر بالكتف ، فإن سبق رأس قصير العنق فهو سابق بالضرورة ، وإن سبق رأس طويل العنق بأكثر مما بينهما في طول العنق فقد سبق ، وإن كان بقدره لم يسبق ، وإن كان أقل ، فالآخر سابق ، (وإن شرط) المتسابقان (السبق بأقدام معلومة) كثلاثة فأكثر (لم يصح) لأن هذا لا ينضبط ، ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما ، (فتصف الخيل في ابتداء الغاية صفاً واحداً ، ثم يقول المرتب لذلك : هل من مصلح للجام ، أو حامل لغلام ، أو طارح لجل ؟ فإذا لم يجبه أحد كبّر ثلاثاً ، ثم خلاها) أي أرسلها (عند) التكبيرة (الثالثة) لأن علياً رضي الله عنه أمر سراقة بن مالك بذلك ، لما جعل إليه ما جعله النبي ﷺ من أمر السبقة في خبر الدارقطني ، (ويخط الضابط للسبق عند انتهاء الغاية خطاً ، ويقيم رجلين متقابلين ، أحد طرفي الخط بين إبهامي أحدهما والطرف الآخر بين إبهامي الآخر ، وتمر الخيل بين الرجلين ليعرف السابق) كما فعل علي رضي الله عنه فيما أخرجه الدارقطني عنه .

(ويحرم أن يجنب أحدهما) أي المتسابقين (مع فرسه) فرساً ، (أو) يجنب (وراءه فرساً لا راكب عليه يحرضه على العدو .

(و) يحرم أيضاً (أن يجلب ، وهو أن يصيح به في وقت سباقه ، (لقوله ﷺ : «لا جَلَبَ وَلا جَنَبَ فِي الرِّهَانِ » [1] رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن عن عمران بن الحصين . والجلب - بفتح الجيم واللام - هو الزجر للفرس والصياح عليه ، حثا له على الجري .

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٤٣٩/٤ بزيادة عليه ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الجهاد ، باب في الجلب على الخيل ، الحديث (٢٥٨١) ، واللفظ له ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٤٣٠ ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار ، الحديث (١١٢٣) بزيادة عليه ، وقال : « حديث حسن صحيح » ، وأقول أن الجلب هو الصياح ، والجنب هو أن يجنب إلى جنب مركوبة فرساً آخر .

(فصل في المناضلة)

من النضل يقال : ناضله نضالاً ، ومناضلة ، وسمي الرمي نضالاً : لأن السهم التام يسمى نضلاً ، فالرمي به عمل بالنضل ، وهي ثابتة بالكتاب لقوله تعالى : ﴿ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ ﴾ (١) ، وقرئ : « ننتصل » ، والسنة شهيرة بذلك .

(وحكم المناضلة في العوض حكم الخيل) والإبل فيما تقدم تفصيله ، (وتصح بين) شخصين (اثنين ، و) بين (حزبين) كما تقدم ، (ويشترط لها) زيادة على ما سبق (شروط أربعة :

أحدها : أن تكون على من يحسن الرمي) لأن الغرض معرفة الحذق به ، ومن لا حذق له فوجوده كعدمه ، (فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه) أي الرمي (بطل العقد فيه ، وأخرج من الحزب الآخر مثله) كالبيع إذا أبطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن ، (ولهم) أي لكل حزب (الفسخ إن أحبوا) لتبعيض الصفة في حقهم ، (فإن عقد النضال جماعة ليقتسموا بعد العقد حزبين برضاهم صح) العقد ، و(لا) يصح أن يعقداه ليقتسما (بقرعة) لأنها قد تقع على الحذاق دون غيرهم في أحد الحزبين (ويجعل لكل حزب رئيس ، فيختار أحدهما) أي الرئيسين (واحداً) من النفر ، (ثم يختار) الرئيس (الآخر آخر) حتى يفرغا (ليحصل التعادل بينهما) ولا يجوز أن يختار كل واحد من الرئيسين أكثر من احد ، (لأنه قد يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالأحذق فلا يحصل التساوي ، (وإن اختلفا) أي الرئيسان (فيمن يبدأ بالخيرة) منهما (اقترعا) لأنه لا مرجح غير القرعة ، (ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحداً) لأنه لا يضره أيهما غلب أو غلب ، فلا يحصل مقصود المناضلة ، (ولا) جعل (الخيرة في تمييزهما) أي الحزبين (إليه) أي إلى شخص واحد لما سبق ، (ولا أن يختار حزبه أو لا) لأنه ترجيح له بلا مرجح ويفضي إلى عدم التساوي ، (ولا السبق) -بسكون الباء- بمعنى المسابقة بالخيل والإبل (عليه) أي على ذلك المذكور ، بأن يتسابقا على جعل رئيس الحزبين واحداً ، وعلى أن الخيرة في تمييزهما إليه ونحوه ، (ولا يشترط) للمناضلة (استواء عدد الرماة) فلو كان أحد الحزبين عشرة والآخر ثمانية ونحو ذلك صح ، (وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه فادعى) الحزب الآخر (ظن خلافه لم يقبل) أي لم يسمع منه ذلك ، لأن شرط دخوله في العقد أن يكون من أهل الصنعة دون الحذق، كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان حاذقاً أو ناقصاً ، لم يؤثر .

---

(١) سورة يوسف ، الآية : ١٧ .

الشرط (الثاني : معرفة عدد الرشق - بكسر الراء - وهو) عدد (الرمي) وأهل العربية يخصونه فيما بين العشرين والثلاثين وبفتحها الرمي ، وهو مصدر رشقت الشيء رشقاً . قال المصنف في الحاشية : الرشق - بفتح الراء - الرمي نفسه . والرشق : الوجه من الرمي إذا رمى القوم بأجمعهم جميع السهام . وقيل : الرشق السهام نفسها ، وكذا في المستوعب والمطلع عن الأزهري : الرشق - بكسر الراء - عدد الرمي ، واشترط العلم به، لأنه لو كان مجهولاً أفضى إلى الاختلاف ، لأن أحدهما يريد القطع ، والآخر يريد الزيادة ، (وليس له عدد معلوم ، فأي عدد اتفقوا عليه جاز) لأن الغرض معرفة الحذق، (و) تعتبر معرفة (عدد الإصابة ، بأن يقول) العاقد (الرشق : عشرون ، والإصابة خمسة ونحوه) كستة أو ما يتفقان عليه ، لأن الغرض معرفة الحذق ، ولا يحصل إلا بذلك ، (إلا أنه لا يصح اشتراط إصابة تندر ، كإصابة جميع الرشق ، أو تسعة من عشرة ونحوه) لبعد إصابة ذلك ، (ويشترط استواؤهما) أي المتناضلين (في عدد الرشق ، و) في (صفتها) أي الإصابة من خوارق ونحوهما ، (وسائر أحوال الرمي) لأن موضوعها على المساواة ، فاعتبرت كالمسابقة على الحيوان ، (فإن جعلا رشق أحدهما عشرة ، و) رشق الآخر عشرين ، أو شرط أن يصيب أحدهما خمسة ، (و) أن يصيب (الآخر ثلاثة ، أو شرطا إصابة أحدهما خواسق ، والآخر خواصل) ، ويأتي معناهما ، (أو) شرطا (أن يحط أحدهما من إصابته سهمين ، أو) شرطا (أن يحط سهمين من إصابته بسهم من إصابة صاحبه) أو (شرطا أن يرمي أحدهما من بعد ، و) يرمي (الآخر من قرب ، أو أن يرمي أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر بين أصابعه سهمان ، أو أن يرمي أحدهما وعلى رأسه شيء والآخر خال عن شاغل ، أو) شرطا (أن يحط عن أحدهما واحد من خطئه لا عليه ولا له ، وأشباه هذا مما تفوت به المساواة ، لم يصح) لمنافاته لموضوع المسابقة ، وإذا عقدا ولم يذكرا قوساً ، صح لما تقدم ، ويستويان في العربية والفارسية .

الشرط (الثالث : معرفة) نوع (الرمي هل هو مفاضلة ، ومحاطّة أو مبادرة) لأن غرض الرماة يختلف ، فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها في الانتهاء ومنهم من هو بالعكس ، فوجب اشتراط ذلك ليعلم ما دخل فيه ، (فالمفاضلة : أن يقولا : أينا فضل صاحبه بإصابة ، أو إصابتين ، أو ثلاث إصابات ونحوه من عشرين رمية ، فقد سبق ، فأيهما فضل صاحبه بذلك فهو السابق) لوجود الشرط ، (وتسمى) المفاضلة (محاطة، لأن ما تساويا فيه من الإصابة محطوط غير معتد به) ذكره في الشرح .

وفي المنتهي : المحاطة أن يحط ما يتساويان فيه من إصابة من رمي معلوم مع تساويهما في الرميات ، فأيهما فضل بإصابة معلومة فقد سبق . قال في شرحه : والفرق بين المفاضلة والمحاطة : أن المحاطة يقدر فيها الإصابة من الجانبين بخلاف المفاضلة . واستدل له بكلام المجد في شرحه .

(ويلزم) في المفاضلة (إكمال الرشق إذا كان فيه) أي في إكماله فائدة ، فإذا قالا: أينا فضل بثلاث إصابات من عشرين رمية فهو سابق ، فرميا اثني عشر سهماً فأصابها أحدهما وأخطأها الآخر كلها ، لم يلزم إتمام الرشق لأن أكثر ما يكون أن يصيب الآخر الثمانية الباقية ويخطئها الأول ، ولا يخرج الأول بهذا عن كونه سابقاً ، وإن كان الأول إنما أصاب من الاثنى عشر عشراً لزمهما أن يرميا بقية الثلاثة عشر ، فإن أصابا أو أخطأ أو أصابها الأول وحده فقد سبق ، ولا يحتاج إلى إتمام الرشق ، وإن أصابها الآخر دون الأول فعليهما أن يرميا الرابع عشر على ما تقدم ضابط ذلك ، أنه متى بقي من عدد الرمي ما يمكن أن يسبق به أحدهما صاحبه أو يسقط به سبق صاحبه ، لزم الإتمام وإلا فلا ، (والمبادرة أن يقولا : من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق ، فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي ، فهو السابق) لوجود الشرط .

(ولا يلزم) إذا سبق إليها واحد (إتمام الرمي) عشرين ، لأن السبق قد حصل بسبقه إلى ما شرطا السبق إليه ، (وإن أصاب كل واحد منهما خمساً ، فلا سابق) فيهما ، (فلا يكملان الرشق) لأن جميع الإصابة المشروطة وجدت واستويا فيها ، (ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم) أي أهل كل حزب (بغير كسر ، ويتساوون فيه ، فإن كانوا ثلاثة وجب أن يكون له ثلث ، وكذا ما زاد) فإذا كانوا أربعة وجب أن يكون له ربع ، أو خمسة وجب أن يكون له خمس ، لأنه إذا لم يكن كذلك بقي سهم أو أكثر بينهم لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه ، (ولا يجوز أن يقولوا : نقرع ، فمن خرجت قرعته فهو السابق ، ولا إن من خرجت قرعته فالسبق عليه) لأنه لا يحصل به الغرض المقصود من النضال ، (ولا أن يقولوا : نرمي ، فأينا أصاب فالسبق على الآخر) لأنه يشبه القمار ، (وإن شرطوا) أي المتناضلون (أن يكون فلان مقدم حزب ، وفلان مقدم) الحزب (الآخر ، ثم فلان ثانياً من الحزب الأول، وفلان من الحزب الثاني ، كان) الشرط (فاسداً) لأنه لا يقتضيه العقد ، (وإن تناضل اثنان وأخرج أحدهما السبق ، فقال أجنبي : أنا شريكك في الغرم والغنم ، إن فضلك فنصف السبق علي وإن فضلته فنصفه لي ، لم يجز) ذلك ، ولم يصح لما تقدم في شركة المفاوضة ، (وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة منهم اثنان أخرجا ، والثالث

محلل ، فقال رابع للمستبقين : أنا شريككما في الغنم والغرم) لم يصح لما تقدم ، (وإن فضل أحد المتناضلين صاحبه ، فقال المفضول) للفاضل : (اطرح فضلك وأعطيك دينارا ، لم يجز) لأنه أخذ للمال في غير مقابلة مال ولا ما في معناه ، (وإن فسخا العقد وعقدا آخر جاز) لأن الحق لهما ، وكذا لو فسخه الفاضل ، وأما المفضول فليس له فسخه وتقدم .

(وإذا أخرج أحد الزعيمين) أي الرئيسين (السبق) بفتح الباء (من عنده ؛ فسبق) بالبناء للمفعول (حزبه لم يكن على حزبه شيء) لأنه لم يشترطه عليهم ، (وإن شرطه) أي السبق (عليهم فهو عليهم بالسوية ، ويقسم) السبق (على الحزب الآخر) وهم السابقون (بالسوية من أصاب ومن أخطأ) لأن مطلق الإضافة تقتضي التسوية ، (وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أي صفة كانت) لأن أي صفة كانت تدخل في مسمى الإصابة . وفي المغني : أن صفة الإصابة شرط لصحة المناضلة ، ومشى عليه فيما تقدم، (فإن قالا : خواصل) بالخاء المعجمة والصاد المهملة ، فهو (بمعناه ، ويكون تأكيداً) لأنه اسم لها كيف كانت . قال الأزهري : الخاصل الذي أصاب القرطاس ، وقد أخصله إذا أصابه ، (ومن صفات الإصابة خواسق) بالخاء المعجمة والسين المهملة ، (وهو ما خرق الغرض وثبت فيه ، وخوازق بالزاي ، ومقرطس بمعناه) قال الأزهري والجوهري: الخوازق بالزاي لغة في الخاسق فهما شيء واحد ، (وخوارق - بالراء المهملة - وهو ما خرق الغرض ، ولم يثبت فيه ، ويسمى موارق وخواصر) بالخاء المعجمة والصاد والراء المهملتين ، (وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض) ومنه قيل : الخاصرة لأنها في جانب الإنسان ، (وخوارم ، ما خرم جانب الغرض ، وحوابي : ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب عليه) ومنه يقال : حبى الصبى ، (فبأي صفة قيدوا) أي المتناضلون (الإصابة تقيدت) الإصابة (بها) لأنه وصف وقع العقد عليه ، فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه) وحصل السبق بإصابته (أي إصابة ذلك المقيد على ما قيدوا به) وإن شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه ، تقيد (السبق) به ، (لأن الغرض يختلف باختلاف ذلك ، فتعين أن تتقيد المناضلة به تحصيلاً للغرض) ، وإذا كان شرطهم خواصل فأصاب (الغرض) بنصل السهم حسب له كيف كان) لما تقدم أن الخاصل : الذي أصاب القرطاس ، (فإن أصاب) السهم الغرض (بعرضه أو بفوقه) وهو ما يوضع فيه الوتر (نحو أن ينقلب السهم بين يدي الغرض ، فيصيب فوقه الغرض ، أو انقطع السهم قطعتين فأصابت القطعة الأخرى) الغرض (لم يعتد به) لأنه لا يعد إصابة .

الشرط الرابع : معرفة قدر الغرض طولاً، وعرضاً، وسمكاً، وارتفاعاً من الأرض) لأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك ، فوجب العلم به ، أشبه تعيين النوع ، (وهو) أي الغرض (ما ينصب في الهدف من قرطاس، أو جلد، أو خشب أو غيرها) سمي غرضاً لأنه يقصد ، (ويسمى شارة) وشتا . وفي القاموس : القرطاس كل أديم ينصب للنضال ، (والهدف : ما ينصب الغرض عليه إما تراب مجموع، أو حائط، أو غيرهما) كخشبة وحجر ، (ولا يعتبر) لصحة النضال (ذكر المبتديء) منهما (بالرمي) خلافاً للترغيب ، لأنه لا أثر له ، وكثير من الرماة يختار التأخر ، (فإن ذكراه) أي المبتدى (كان أولى) ، وفي شرح المنتهى : يستحب تعيين المبتديء بالرمي عند عقد المناضلة . انتهي ، أي لأنه أقطع للنزاع ، (وإن أطلقا) بأن لم يعينا المبتديء عند العقد ، (ثم تراضيا بعد العقد على تقديم أحدهما جاز) لأن الحق لا يعدوهما ، (وإن تشاحا في المبتدىء منهما) بالرمي (أقرع بينهما) لأنه لا بد أن يبتديء أحدهما بالرمي ، لأنهما لو رميا معاً أفضى إلى الاختلاف ، ولم يعرف المصيب منهما ، وقد استويا في الاستحقاق فصير إلى القرعة ، (ولو كان لأحدهما مزية بإخراج السبق) بفتح الباء ، فلا يقدم بذلك ، وقيل : يقدم ذلك لأن له نوعاً من الترجيح ، فعلى هذا : إن كان العوض من أحدهما قدم صاحبه ، (وإن كان المخرج) للعوض (أجنبياً قدم من يختاره منهما ، فإن لم يختر وتشاحا أقرع بينهما) وما ذكرته من أن ذلك مفرع على القول الثاني : صريح كلام المبدع ، ففي كلام المصنف نظر ، لأنه يقتضي أن ذلك مفرع على المذهب ، (وأيهما كان أحق بالتقديم فبدره الآخر فرمى ، لم يعتد له بسهمه أخطأ أو أصاب) نعموم قوله ﷺ : « مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »(١) .

(وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في) الوجه (الثاني) تعديلاً بينهما ، (فإن شرطا البداءة لأحدهما في كل الوجوه ، لم يصح) لأن موضوع المناضلة على المساواة ، وهذا تفاضل ، (وإن فعلا ذلك من غير شرط برضاهما ، صح) لأن البداءة لا أثر لها في الإصابة ولا في وجود الرمي ، (وإذا رمى البادىء بسهم رمي الثاني بسهم كذلك ، حتى يقضيا رميهما) لأنه العرف ، (وإن رميا سهمين فحسن) وكذا لو رميا خمساً خمساً أو نحوه ، (وإن شرطا أن يرمي أحدهما رشقة ، ثم يرمي الآخر) رشقة جاز ، (أو) اشترطا أن (يرمي أحدهما عدداً ، ثم يرمي الآخر مثله جاز) وعمل به لحديث : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »(٢) .

---

(١) سبق تخريجه مفصلاً .
(٢) سبق تخريجه في عدة مواضع .

(وإن شرطا أن يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين جاز) لما تقدم ، (والسنة أن يكون لهما غرضان ، يرميان أحدهما ، ثم يمضيان إليه فيأخذان السهام ، ثم يرميان الآخر) لفعل الصحابة رضي الله عنهم . وقد روى مرفوعاً : « مَا بَيْنَ الغَرَضَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الجَنَّةِ » ، وقال إبراهيم التيمي : رأيت حذيفة ينشد بين الهدفين يقول : « أَنَا بِهَا فِي قَمِيصٍ » ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما مثل ذلك ، (وإن جعلوا غرضاً واحداً جاز) لأن المقصود يحصل به ، (وإذا تشاحا في) موضع (الوقوف) هل هو عن يمين الغرض أو يساره ، ونحو ذلك ، (فإن كان الموضع الذي طلبه أحدهما أولى ، مثل أن يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو) يستقبل (ريحاً يؤذيه استقبالها ، ونحو ذلك، والآخر يستدبرها) أي الشمس أو الريح (قدم قول من طلب استدبارها) لأنه أحظ لهما ، (إلا أن يكون في شرطها) أي المناضلة (استقبال ذلك ، فالشرط أولى) بالاتباع لدخولهم عليه ، (كما لو اتفقا على الرمي ليلاً) فإنه يعمل بما اتفقا عليه ، (فإن كان الموقفان سواء) في استدبار الشمس أو الريح (كان ذلك) أي الوقوف (إلى الذي يبدأ فيتبعه الآخر ، فإذا كان) أي صار (في الوجه الثاني وقف الثاني ، حيث شاء ويتبعه الأول) ليستويا ، (وإذا أطارت الريح الغرض ، فوقع السهم موضعه ، فإن كان شرطهم خواصل احتسب له به) لأنه لو كان الغرض موضعه لأصابه ، وكذا لو كانا أطلقا الإصابة ، ولو كان الغرض جلداً وخيط عليه شنبر كشنبر المنخل ، وجعل له عرى وخيوطاً تعلق به في العرى ، فأصاب السهم الشنبر أو العرى وشرطهم خواصل اعتد به ؛ لأن ذلك من الغرض ، وأما المعاليق وهي الخيوط فلا يعتد بإصابتها مطلقاً لأنها ليست من الغرض ، وإن أصاب السهم سهماً في الغرض قد علق نصله فيه وباقيه خارج منه لم يحتسب له به ، ولا عليه ، وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فُوقه حسبت له إصابته ، لأنه لو لم يكن لأصاب الغرض يقيناً ، وإذا تناضلا على أن الإصابة حوابي على أن من خسق منهما كان بجايين ، أو على ما يقرب من الشن ، سقط الذي هو منه أبعد ، جاز ، قاله القاضي وابن عقيل ، (وإن كان) شرطهم (خواسق) ، وأطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه (لم يحتسب له) أي رامي السهم (به ولا عليه) لأنا لا ندري هل كان يثبت في الغرض لو كان موجوداً أو لا ؟ ، (وإن وقع) السهم (في غير موضع الغرض احتسب به على راميه) لتبين خطئه ، (وإن وقع) السهم (في الغرض في الموضع الذي طار إليه) الغرض (حسبت) الرمية (عليه أيضاً ، إلا أن يكون اتفقا على رميه في الموضع الذي طار إليه ، وكذا الحكم لو ألقت

الريح الغرض على وجهه) إذا وقع السهم فيه حسب على راميه ، (وإن عرض) لأحدهما (عارض من كسرقوس ، أو قطع وتر ، أو ريح شديدة لم يحتسب عليه ولا له بالسهم) لأن العارض كما يجوز أن يصرفه عن الصواب إلى الخطأ يجوز أن يصرفه عن الخطأ إلى الصواب ، وإن حال حائل بينه وبين الغرض فنفذ منه وأصاب الغرض ، حسب له ، لأن هذا من سداد الرمي وقوته ، (وإن عرض مطر أو ظلمة) عند الرمي (جاز تأخير الرمي) لأن المطر يرخى الوتر ، والظلمة عذر لا يمكن معه فعل المعقود عليه، ولأن العادة الرمي نهاراً ، إلا أن يشترطاه ليلاً ، فيلزمه كما تقدم ، (ويكره للأمين والشهود) وغيرهم ممن حضر (مدح أحدهما أو) مدح (المصيب وعيب المخطئ ، لما فيه من كسر قلب صاحبه) وغيظه . قال في الفروع : ويتوجه في شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة وعيب غيره كذلك . وفي الإنصاف : قلت : إن كان مدحه يفضي إلى تعاظم الممدوح ، أو كسر قلب غيره ، قوى التحريم ، وإن كان فيه تحريض على الاشتغال ونحوه قوى الاستحباب ، والله أعلم ، (ويمنع كل منهما من الكلام الذي يغيظ صاحبه ، مثل أن يرتجز ويفتخر ، ويتبجح بالإصابة ، ويعنف صاحبه على الخطأ، أو يظهر أنه يعلمه ، وكذا الحاضر معهما) يمنع من ذلك ، وإن أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمي ، بما لا حاجة إليه من مسح القوس والوتر ونحو ذلك ، لعل صاحبه ينسى القصد الذي أصاب به ، أو يفتر . منع ذلك وطولب بالرمي ولا يزعج بالاستعجال بالكلية ، بحيث يمنع من تحري الإصابة .

(وإن قال قائل : ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، وإن أخطأت فعليك درهم ، لم يصح) ذلك ، (لأنه قمار) وإن قال : من أراد رمي سهم لحاضره : إن أخطأت فلك درهم ، لم يجز لأن الجعل إنما يكون في مقابلة عمل ، ولم يوجد من الحاضر عمل ، فيستحق به شيئاً ، (وإن قال) إنسان لآخر : ارم هذا السهم ، و(إن أصبت به فلك درهم) صح جعالة لا نضالاً ، (أو قال) لآخر : (ارم عشرة أسهم ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم) صح جعالة ، (أو قال) : ارم عشرة أسهم ، و(لك بكل سهم أصبت به منها درهم ، أو) لك (بكل سهم زائد على النصف من الصيبات درهم) صح جعالة ، (أو قال) ارم عشرة أسهم ، فـ (ـإن كان صوابك أكثر) من خطئك ، (فلك بكل سهم أصبت به درهم ، صح) ذلك ، (وكان جعالة) لأنه بذل مال على ما فيه غرض صحيح ، ويلزمه الجعل بالإصابة التي شرطها

(لا نضالاً) لأن النضال إنما يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعاً ، ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً ، (وإن شرطا أن يرميا) أي المتناضلان من اثنين أو حزبين (أرشاقاً) جمع رشق ، وتقدم معناه (كثيرة معلومة جاز ، وإن شرطا أن يرميا منها كل يوم قدراً اتفقا عليه جاز) لحديث : « المؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »[1] .

(وإن أطلقا العقد جاز ، وحمل) الإطلاق (على التعجيل ، والحلول ، كسائر العقود) نحو بيع وصداق ، (فيرميان من أول النهار إلى آخره) لأنه العادة ، (إلا أن يعرض عذر من مرض أو غيره ، فإذا جاء الليل تركاه إلا أن يشترطا) الرمي (ليلاً فيلزم) الشرط ، وتقدم .

(فإن كانت الليلة مقمرة منيرة اكتفى بذلك) لحصول المقصود به ، (وإلا) بأن كانت مظلمة (رميا في ضوء شمعة أو مشعل) ليتأتى تحري الإصابة .



---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

باب العارية

بتخفيف الياء وتشديدها ، وأصلها من عار ، إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للبطال : عيار ، لتردده في بطالته ، والعرب تقول : أعاره وعاره ، كإطاعة وطاعه . قال الأصحاب ، تبعاً للجوهري : هي مشتقة من العار ، وفيه شيء ، لأنه ﷺ فعلها ، وأصل المادة فيها قيل : العري ، وهو التجرد ، فسميت عارية لتجردها عن العوض ، كما تسمى النخلة الموهوبة عرية ، لتعريها عن العوض ، وقيل : من التعاور ، أي التناوب لجعل مالها للغير نوبة في الانتفاع بها ، (وهي) أي العارية (العين المعارة) أي المأخوذة من مالكها ، أو مالك منفعتها ، أو مأذونهما للانتفاع بها مطلقاً ، أو زمناً معلوماً بلا عوض ، وتطلق كثيراً على الإعارة مجازاً ، ويرد على تعريفه الدور ، والعارة بمعنى العارية . قال تميم بن مقبل :

فأخلق وأتلف ، إنما المال عارة　　　وكله مـع الدهـر الذي هو آكله

(والإعارة : إباحة نفعها بغير عوض) من المستعير أو غيره ، والإباحة رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً له ، (وهي) أي الإعارة (مندوب إليها) لأنها من البر والتقوى . وقال تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (1) ، وقوله تعالى : ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ (2) . قال ابن عباس وابن مسعود : « هي العواري » ، وقوله ﷺ: « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » (3) ، والمعنى شاهد بذلك ، فهي كهبة الأعيان ، (ويشترط كونها) أي العين المعارة (منتفعاً بها مع بقاء عينها) كالدور والعبيد والثياب والدواب ونحوها ، لأن النبي ﷺ « اسْتَعَارَ مِنْ أَبِي طَلْحَةَ فَرَساً ، ومِنْ صَفْوَانَ أَدْرُعاً (4) ، وسُئِلَ عَنْ حَقِّ

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ٢ .　　(2) سورة الماعون ، الآية : ٧ .

(3) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢٦٧/٥ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، الحديث (٣٥٦٥) ، واللفظ له ، والترمذي في السنن : ٥٦٥/٣ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، وابن ماجة في السنن : ٨٠١/٢ - ٨٠٢ ، كتاب الصدقات ، باب العارية ، الحديث (٢٣٩٨) ، وابن حبان في صحيحه أورده الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٨٥) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في العارية ، الحديث (١١٧٤) .

(4) حديث استعارة النبي ﷺ أدرعاً من صفوان بن أمية كان يوم حنين ، وهو عند أحمد في المسند: ٤٠١/٣ ، ٤٦٥/٦ في مسند صفوان بن أمية رضي الله عنه ، وعند أبي داود في السنن في كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، الحديث (٣٥٦٢)، والحاكم في المستدرك : ٤٧/٢، كتاب =

الإبِلِ ؟ فَقَالَ : أعَارَهُ دَلْوِهَا وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا » [1] ، فثبت ذلك في المنصوص عليه، والباقي قياساً ، وخرج بذلك مالاً ينتفع به إلا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة ، لكن إن أعطاها بلفظ الإعارة ، فقال ابن عقيل : احتمل أن يكون إباحة الانتفاع على وجه الإتلاف ، (وتنعقد) الإعارة (بكل قول أو فعل يدل عليها ، كقوله : أعرتك هذا) الشيء ، (أو أبحتك الانتفاع به ، أو يقول المستعير : أعرني هذا أو أعطنيه أركبه ، أو أحمل عليه ، فيسلمه) المعير (إليه ونحوه) كاسترح على هذه الدابة ، وكدفعه الدابة لرفيقه عند تعبه ، وتغطيته بكسائه إذا رآه برد ، لأنها من البر ، فصحت بمجرد الدفع ، كدفع الصدقة ومتى ركب الدابة أو استبقى الكساء عليه كان ذلك قبولاً . قال في الترغيب: يكفي ما دل على الرضا من قول أو فعل ، كما لو سمع من يقول : أردت من يعيرني كذا فأعطاه كذا ، لأنها إباحة لا عقد ، (ويعتبر) أيضاً (كون المعير أهلاً للتبرع شرعاً) لأن الإعارة نوع من التبرع ، لأنها إباحة منفعة ، فلا يعير مكاتب ولا ناظر وقف، ولا ولي يتيم من ماله ، (و) يعتبر أيضاً (أهلية مستعير للتبرع له) بتلك العين، بأن يصح منه قبولها هبة ، فلا تصح إعارة المصحف لكافر ، (وإن شرط) المعير (لها) أي الإعارة (عوضاً معلوماً في) عارية (مؤقتة) بزمن معلوم (صح) ذلك ، (وتصير إجارة) تغليباً للمعنى ، كالهبة إذا شرط فيها ثواب معلوم كانت بيعاً ، (وإن قال : أعرتك عبدي) أو نحوه (على أن تعيرني فرسك) أو نحوه ، ففعلا ، (فإجارة فاسدة غير مضمونة للجهالة) لأنهما لم يذكرا مدة معلومة ولا عملاً معلوماً . قال الحارثي: وكذا لو قال : أعرتك هذه الدابة لتعلفها ، أو هذا العبد لتمونه . انتهى . وإن عينا المدة والمنفعة ، صحت إجارة لما تقدم ، (وتصح إعارة الدراهم ، و) إعارة (الدنانير للوزن) وليعاير عليها ، كإجارتها لذلك ، وكذا المكيل والموزون . (فإن استعارها) أي الدراهم والدنانير (لينفقها) أو أطلق ، (أو استعار مكيلاً أو موزوناً) ليأكله ، أو أطلق (فقرض) تغليباً للمعنى فملكه بالقبض ، (وتصح) الإعارة (في) ذي (المنافع المباحة) دون المحرمة كالزمر ، والطبل ، والغناء ، (و) تصح (إعارة كلب صيد) أو ماشية ، أو حرث ، (و) إعارة (فحل للضراب) لأن نفع ذلك مباح ، ولا محظور في إعارتهما لذلك ، والمنهي عنه هو العوض المأخوذ في ذلك ، ولذلك امتنعت إجارته .

(وتحرم إعارة بضع) - بضم الباء - أي فرج ، لأنه لا يباح إلا بملك أو نكاح .

= البيوع ، باب أد الأمانة . . . ، والبيهقي في الكبرى : ٨٩/٦ ، كتب العارية ، باب العارية مضمونة .

(١) الحديث أخرجه السيوطي في الكبير ، وعزاه للطبراني في الكبير ورمز له بالحسن .

(و) تحرم (إعارة عبد مسلم لكافر لخدمته خاصة ، كـ) ـما تحرم (إجارته لها) أي للخدمة ، فإن أعاره أو أجره لعمل في الذمة غير الخدمة صحتا ، وتقدم في الإجارة .

(و) تحرم (إعارة صيد) لمحرم ، لأن إمساكه له محرم .

(و) تحرم إعارة (ما يحرم استعماله في الإحرام) من نحو طيب (لمحرم) لأنه معاونة على الإثم والعدوان ، (فإن فعل) بأن أعار صيداً لمحرم ، (فتلف الصيد) بيد المحرم (ضمنه) المحرم (منه بالجزاء ، وللمالك بالقيمة) وتقدم في الإحرام توضيحه .

(و) تحرم (إعارة عين لنفع محرم ، كإعارة دار لمن يتخذها كنيسة ، أو يشرب فيها مسكراً ، أو يعصى الله فيها ، وكإعارة سلاح لقتال في الفتنة ، وآنية ليتناول بها محرماً) من نحو خمر .

(و) إعارة (أواني الذهب والفضة ، و) إعارة (دابة ممن يؤذي عليها محترماً ، و) إعارة (عبد ، أو أمة لغناء أو نوح أو زمر ونحوه) لأن ذلك كله إعانة على الإثم والعدوان المنهي عنه ، وكإجارة ذلك .

(وتجب إعارة مصحف لمحتاج إلى قراءة فيه ، ولم يجد غيره إن لم يكن مالكه محتاجاً إليه) وخرج ابن عقيل وجوب الإعارة أيضاً في كتب للمحتاج إليها من القضاة والحكام وأهل الفتاوي . وقال ابن الجوزي : ينبغي لمن ملك كتاباً أن لا يبخل بإعارته لمن هو أهل له ، وكذلك ينبغي إفادة الطالب بالدلالة على الأشياخ وتفهيم المشكل .

« **فائدة** » : قال المروزي : قلت لأبي عبد الله : رجل سقطت منه ورقة فيها أحاديث وفوائد ، فأخذتها ، ترى أن أنسخها وأسمعها ؟ قال : لا ، إلا بإذن صاحبها ، (ولا تعار الأمة للاستمتاع) بها في وطء ودواعيه لأنه لا يباح إلا بملك أو نكاح ، (فإن وطيء) المستعير الأمة المعارة (مع العلم بالتحريم فعليه الحد) لانتفاء الشبه إذن ، (وكذا هي) يلزمها الحد (إن طاوعته) عالمة بالتحريم ، (وولده رقيق) تبعاً لأمه ، ولا يلحقه نسبه لأنه ولد زنا ، (وإن كان) وطيء (جاهلاً) بأن اشتبهت عليه بزوجته ، أو سريته ، أو جهل التحريم لقرب عهده بالإسلام ، (فلا حد) عليه لحديث : « ادْرَءُوا الْحُدُود بِالشُّبُهَاتِ » [1] ، وكذا هي لا حد عليها إن جهلت أو أكرهت ، (وولده حر

---

(١) الحديث وجدناه من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بلفظ : « ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » . وهو عند ابن أبي شيبة في المصنف ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣٣/٤ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، الحديث (١٤٢٤)، واللفظ له ، وقال: « رواه وكيع عن يزيد=

ويلحق به) للشبهة ، (وتجب قيمته) يوم ولادته على المستعير (للمالك) لأنه فوته عليه باعتقاده الحرية ، (ويجب مهر المثل فيهما) وأرش البكارة ، أي فيما إذا وطيء عالماً أو جاهلاً ، (ولو مطاوعة) لأن المهر للسيد فلا يسقط بمطاوعة الموطوءة ، (إلا أن يأذن فيه) أي في الوطء (السيد) فلا مهر ولا أرش ولا فداء للولد ، لأنه أسقط حقه بإذنه ، (وأما) إعارة الأمة (للخدمة فإن كانت برزة) أي تبرز للرجال لقضاء الحوائج، (أو) كانت (شوهاء) قبيحة المنظر (جاز) لسيدها أن يعيرها مطلقاً للأمن عليها ، والجواز يحتمل نفي التحريم والكراهة ، فلا ينافي أن أصل العارية الندب ، ويحتمل أنه على ظاهره ، فحينئذ تكمل للعارية الأحكام الخمسة ، (وكذا إن كانت) الأمة (شابة) يعني جميلة ولو كبيرة، (وكانت الإعارة لمحرم، أو امرأة، أو صبي) لأنه مأمون عليها، (وإن كانت) إعارة الشابة (لشاب كره ، خصوصاً العزب) لأنه لا يؤمن عليها .

(وتحرم إعارتها) أي الأمة ، (وإعارة أمرد وإجارتهما لغير مأمون) لأنه إعانة على الفاحشة . (وقال ابن عقيل : لا تجوز إعارتها للعزاب الذين لا نساء لهم من قرابات ولا زوجات) لما فيه من التعرض للخلوة بالأجنبيات ، (وتحرم الخلوة بها) أي بالأمة المعارة على ذكر غير محرم كغير المعارة ، (و) يحرم أيضاً (النظر إليها بشهوة) كمؤجرة .

(وتكره استعارة أبويه) وإن علوا من أب وأم وجد وجدة (للخدمة ، لأنه يكره للولد استخدامهما) فكرهت استعارتهما لذلك ، (وللمستعير الرد) أي رد العارية (متى شاء) لأنها ليست لازمة ، (ولمعير الرجوع) في عارية (متى شاء ، مطلقة كانت) العارية (أو مؤقتة) لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يد المستعير ، فلم يملكها بالإعارة ، كما لو لم تحصل العين الموهوبة في يده ، ولأن المنافع إنما تستوفي شيئاً فشيئاً ، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها ، والذي لم يستوفه لم يقبضه ، فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض (ما لم يأذن) المعير (في شغله) أي المعار بفتح الشين وسكون الغين المعجمة ، مصدر شغل يشغل ، وفيهما أربع لغات (بشيء يستضر المستعير برجوعه) أي المعير في العارية (مثل

= ابن زياد ولم يرفعه ، ورواية وكيع أصح » ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٣٨٤/٤ ، كتاب الحدود، باب إن وجدتم لمسلم مخرجاً ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٢٣٨/٨ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، واللفظ الذي ذكره المؤلف ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة (ص٣٠) ، رقم (٤٦) ، وقال : أخرجه الحارثي في مسند أبي حنيفة رضي الله عنه من حديث مقسم عن ابن عباس به مرفوعاً ، وكذا هو عند ابن عدي أيضاً ، وفي ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقري من الذيل لأبي سعد بن السمعاني ، وذكر له عدة طرق ، راجع المقاصد طبع الخانجي (ص٣٠) ، رقم (٤٦) .

أن يعيره سفينة لحمل متاعه ، أو) يعيره (لوحاً يرقع به سفينة فرقعها به ولجج في البحر ، فليس له) أي المعير (الرجوع) في العارية ، (والمطالبة) بالسفينة واللوح (ما دامت) السفينة (في اللجة حتى ترسى) لما فيه من الضرر ، فإذا رست جاز الرجوع لانتفاء الضرر ، (وله) أي المعير (الرجوع قبل دخولها) أي السفينة (البحر) لانتفاء الضرر ، (ولا لمن أعاره أرضاً للدفن) الرجوع (حتى يبلى الميت ويصير رميماً ، قاله ابن البناء) لما فيه من هتاك حرمته .

وقال المجد في شرحه : بأن يصير رميماً ولم يبق شيء من العظام في الموضع المستعار وعبارة المقنع ، وتبعها في المنتهى وغيره : حتى يبلى الميت . قال في المبدع : وقال ابن البناء : لا يرجع حتى يصير رميماً . ومقتضاه : أنهما قولان ، ولعل الخلف لفظي، كما يعلم من كتب اللغة . قال في الصحاح : والرميم البالي . وقال ابن الجوزي : تخرج عظامه ، ويأخذ أرضه ولا أجرة له ، (وله) أي المعير (الرجوع) في أرضه (قبل الدفن) لانتفاء الضرر ، (ولا لمن أعاره حائطاً ليضع عليه) أي الحائط (أطراف خشبه ، أو لتعلية سترة عليه) الرجوع في الحائط (ما دام) الخشب أو بناء السترة (عليه) لما فيه من الضرر ، (وله) أي رب الحائط (الرجوع) في حائطه (قبل الوضع، و) له الرجوع (بعده) أي الوضع (ما لم يبن عليه) لانتفاء الضرر ، (أو) أي إلا أن (تكون العارية لازمة ابتداء) بأن احتاج إلى التسقيف ، ولم يمكن إلا بوضع خشبه على جدار جاره ولا ضرر وأعاره لذلك ، فلا رجوع له ، وتقدم في الصلح .

(فإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه) أي الخشب (عليه لزم إزالته ، لأنه يضر بالمالك) والضرر لا يزال بالضرر ، (وإن لم يخف عليه) أي الحائط السقوط ، (لكن استغنى) المستعير (عن بقائه) أي الخشب (عليه) أي الحائط (لم يلزم) المستعير (إزالته) فيها من الضرر ، (فإن سقط) الخشب (عنه) أي عن الحائط المعار لوضعه (لهدم) الحائط (أو غيره) كسقوط الخشب مع بقاء الحائط (لم يملك) المستعير (رده) أي إعادة الخشب ، لأن العارية ليست بلازمة ، وإنما امتنع الرجوع قبل سقوطه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه ، وقد زال (إلا بإذنه) أي المعير (أو عند الضرورة) بأن لا يمكن تسقيف إلا به (إن لم يتضرر الحائط) لحديث أبي هريرة ، (سواء أعيد) الحائط (بآلته الأولى أو غيرها ، وتقدم في الصلح) مفصلاً ، (ولا لمن أعاره أرضاً للزرع) الرجوع فيها (قبل الحصاد) لما فيه من الضرر ، (فإن بذل المعير قيمة الزرع ليتملكه لم يكن له ذلك) بخلاف الغراس والبناء ، (لأن له وقتاً ينتهي إليه) بخلافهما (إلا أن يكون) الزرع (مما يحصد قصيلاً فيحصده) المستعير (وقت أخذه

عرفاً) لعدم الضرر إذن . قال المجد : ولا أجرة عليه ، (وإذا أطلق) المعير (المدة في العارية) فلم يقيدها بزمن (فله) أي المستعير (أن ينتفع بها) أي بالعارية (ما لم يرجع) المعير ، (وإن وقتها) المعير (فله) أي المستعير (أن ينتفع بها) أي بالعارية (ما لم يرجع) المعير (أو) أي إلى أن (ينقضي الوقت) فلا ينتفع إلا بإذن لانتهاء الإعارة ، (فإن كان المعار أرضاً) وانقضت مدة الإعارة (لم يكن له) أي المستعير (أن يغرس ، ولا يبني ، ولا يزرع بعد الوقت) الذي حدث به الإعارة ، (أو) بعد (الرجوع) في الإعارة ، (فإن فعل شيئاً من ذلك) بأن غرس ، أو بني ، أو زرع بعد الوقت أو الرجوع (فكغاصب) على ما يأتي تفصيله لعدوانه .

(وإن أعارها) أي الأرض (لغرس ، أو بناء وشرط) المعير (عليه) أي المستعير (القلع في وقت) عينه (أو) شرط القلع (عند رجوعه ثم رجع) المعير (لزمه) أي المستعير (القلع) أي قلع ما غرسه أو بناه عند الوقت الذي ذكره ، أو عند رجوع المعير. وظاهره : ولو لم يأمره المعير بالقلع ، لقوله ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » [1] . قال في الشرح : حديث صحيح ، ولأن المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الذي دخل عليه ، ولا يلزم رب الأرض نقص الغراس والبناء ، (ولا يلزمه) أي المستعير (تسوية الأرض) إذا حصل فيها حفر (إلا بشرط) المعير عليه ذلك لرضاه بذلك ، حيث لم يشترطه على المستعير ، فإن شرطه عليه لزمه لدخوله على ذلك ، (وإن لم يشرط) المعير (عليه) أي المستعير (القلع) أي قلع غراسه وبنائه ، (لم يلزمه) أي المستعير القلع (إلا أن يضمن له المعير النقص) لمفهوم قوله ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حقٌّ » [1] والمستعير إنما حصل غراسه أو بناؤه في الأرض بإذن ربها ، ولم يشترط عليه قلعه ، فلم يلزمه لدخول الضرر عليه بنقص قيمة ذلك ، ولأن العارية عقد إرفاق ومعونة ، وإلزامه بالقلع مجاناً يخرجه إلى حكم العدوان والضرر .

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

(٢) الحديث من رواية سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إحياء الموات ، الحديث (٣٠٧٣) ، والترمذي في السنن : ٣/ ٦٦٢، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، الحديث (١٣٧٨) ، موصولاً من طريق هشام ابن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد رضي الله عنه ، قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً » ، والعرق الظالم هو الغرس في أرض الغير ، وكذا أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٧٤٣ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات . الحديث (٢٦) ، وهو عنده مرسل عن عروة .

قال المجد في شرحه : ومتى أمكن القلع من غير نقص أجبر عليه المستعير ، (فإن قلع) المستعير غرسه أو بناءه باختياره ، (فعليه تسوية الأرض) من الحفر لأنها حصلت بفعله لتخليص ماله كالمستأجر ، (وإن أبى القلع في الحال التي لا يجبر فيها) بأن كان عليه فيه ضرر ولم يشترط عليه ، (فللمعير أخذه بقيمته بغير رضا المستعير ، أو قلعه وضمان نقصه) لأن ذلك شرع دفعاً لضرره وضرر المستعير ، وجمعا بين الحقين ، ومؤنة القلع على المستعير كالمستأجر ، ولو دفع المستعير قيمة الأرض ليتملكها لم يكن له ذلك ، لأنها أصل ، والغراس والبناء تابع ، بدليل تبعهما لها في البيع دون تبعها لهما ، (فإن أبى) المعير (ذلك) أي الأخذ بالقيمة والقلع مع ضمان النقص لم يجبر عليه ، فإن طلب أحدهما البيع (بيعا) أي الأرض والغراس أو البناء (لهما) أي لمالكيهما أي عليهما ، ويجبر الآخر ، لأن ذلك طريق لتخلص كل منهما من مضارة الآخر ، (فإن أبيا) أي المعير والمستعير (البيع ترك) الغراس أو البناء (بحاله وقفاً) في الأرض حتى يتفقا ، لأن الحق لهما ، ومتى بيعا دفع لرب الأرض قيمتها فارغة والباقي لرب الغراس أو البناء ، (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) لأنه يملك عينها ونفعها ، وليس له التصرف بما يضر الشجر أو البناء ، لأنهما محترمان لوضعهما بإذنه، (وللمستعير الدخول لسقي وإصلاح وأخذ ثمرة) لأن الإذن في فعل شيء إذن فيما يعود بصلاحه ، (وليس له) أي المستعير (الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه) كمبيت فيها ، لأنه لا يعود بصلاح ماله ، لأنه ليس بمأذون فيه نطقاً ولا عرفاً ، (وأيهما) أي المعير أو المستعير (طلب البيع وأبى الآخر) البيع (أجبر) الممتنع (عليه) كما تقدم ، إزالة للضرر عنهما ، (ولكل منهما بيع ماله) من أرض، أو غراس، أو بناء (منفرداً لمن شاء) من صاحبه أو غيره لأنه ملكه ، (فيقوم المشتري) لشيء من ذلك (مقام البائع) فمشتري الأرض بمنزلة المعير ، ومشتري الغراس أو البناء بمنزلة المستعير ، (ولا أجرة على المستعير من حين رجوع) معير (في) نظير بقاء (غرس وبناء) في معارة ، (و) لا أجرة للمعير أيضاً في (سفينة في لجة بحر ، و) لا أجرة له من حين رجوع في (أرض) أعارها لدفن (قبل أن يبلى الميت) لأن بقاء هذه بحكم العارية ، فوجب كونه بلا أجرة كالخشب على الحائط ، ولأنه لا يملك الرجوع في عين المنفعة المذكورة لإضراره بالمستعير إذن ، فلا يملك طلب بدلها كالعين الموهوبة ، (بل في زروع) أي إذا أعاره الأرض للزرع ثم رجع المعير قبل أوان حصاده وهو لا يحصد قصيلاً ، فإن له مثل أجرة الأرض المعارة من حين رجع إلى حين الحصاد ، لوجوب تبقيته في أرض المعير إلى أوان حصاده قهراً عليه ، لكونه لم يرض بذلك بدليل رجوعه ، ولأنه لا يملك أن يأخذ الزرع

بقيمته ، لأن له أمداً ينتهي إليه ، وهو قصير بالنسبة إلى الغرس ، فلا داعي إليه ، ولا أن يقلعه ويضمن نقصه لأنه لا يمكن نقله إلى أرض أخرى بخلاف الغرس وآلات البناء، (ويجوز أن يستعير دابة ليركبها إلى موضع معلوم ، فإن جاوزه فقد تعدى) لأنه بغير إذن المالك ، (وعليه أجرة المثل للزائد) على المأذون فيه (خاصة) لأنه الذي حصل فيه التعدي دون ما استعار له ، (وإن قال المالك : أعرتكها) لتركبها أو تحمل عليها (إلى فرسخ ، فقال المستعير) بل أعرتنيها (إلى فرسخين ، فالقول قول المالك) لأنه منكر لإعارة الزئد ، والأصل عدمها ، كما لو أنكر الإعارة من أصلها .

(وإن اختلفا في صفة العين حين التلف) بأن قال المعير : كان العبد كاتباً ، أو خياطاً ونحوه وأنكره المستعير ، (أو) اختلفا (في قدر القيمة) أي قيمة العين المعارة بعد تلفها، (فقول مستعير) بيمينه ، لأنه غارم ومنكر لما يدعيه المعير من الزيادة ، والأصل عدمها إلا أن يكون للمعير بينة ، وعلى قياس ما تقدم في غير موضع : إنما يقبل قول مستعير إن ساغ ، (وإن حمل السيد بذراً إلى أرض) لغير مالك البذر ، (فنبت فيها فهو) أي الزرع (لصاحبه) أي البذر لأنه نماء ملكه (مبقي إلى الحصاد) لعدم عدوان ربه ، وإن كان يحصد قصيلاً حصد ، قاله الحارثي .

(ولرب الأرض أجرة مثله) لأن إلزامه تبقية زرع لم يأذن فيه في أرضه بغير أجرة أضرار به ، فوجب أجر المثل ، كما لو انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع بغير تفريطه ولا يجبر رب الزرع على قلعه ، (وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك ، وعليه تسوية الحفر وما نقصت) لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه ، (وإن حمل) السيل (غرساً) إلى أرض آخر فنبت فيها (فكغرس مشتر شقصاً فيه شفعة) إذا أخذه الشفيع، فلرب الأرض أن يتملكه بقيمته أو يقلعه ، ويضمن نقصه كالشفيع ، وليس له قلعه مجاناً ، لأنه لم يحصل من ربه عدوان فيه ، (وكذا حكم نوى وجوز ولوز ونحوه) من بندق وفستق وشبههما (إذا حمله) السيل ، (فنبت) في أرض لآخر فلرب الأرض تملكه بقيمته ، أو قلعه مع ضمان نقصه ، ولا يقلعه مجاناً لعدم عدوان ربه ، (وإن حمل) السيل (أرضاً بشجرها فنبت في أرض أخرى) كما كانت قبل حملها ، (فهي) أي الأرض ذات الشجر المحمولة (لمالكها) ، و(يجبر) مالكها (على إزالتها) لأن في بقائها إشغالاً لملك الغير بما يدوم ضرره بغير اختياره ، لكن تقدم في حكم الجوار أن رب الشجر لا يجبر على إزالة عروق شجره وأغصانها من أرض جاره وهوائه ؛ لأنه حصل بغير اختيار مالكها ولم يظهر لي الفرق بينهما ، إلا أن يقال هنا : يمنع الانتفاع بالكلية بخلاف الأغصان والعروق ، (وإن ترك صاحب الأرض المنتقلة) بشجرها تلك الأرض

لصاحب الأرض المنتقلة إليها سقط عنه الطلب ، (أو) ترك رب (الشجر) ، أو البناء (أو الزرع) ، أو النوى (ذلك) المذكور من أرض ، أو شجر ، أو بناء ، أو زرع ، أو نوى (لصاحب الأرض التي انتقل إليها، لم يلزمه نقله ولا أجرة ولا غير ذلك) وسقط عنه الطلب بسبب ذلك ، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به ، إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه ، ذكره في الشرح .

★ ★ ★

(فصل في حكم المستعير)

وحكم مستعير في استيفاء المنفعة كمستأجر لأنه ملك التصرف بإذن المالك ، أشبه المستأجر ، (فإن أعاره أرضاً للغرس ، والبناء ، أو لأحدهما فله ذلك) أي أن يفعل ما استعار له ، (و) له (أن يزرع ما شاء) لأن الضرر أخف ، هكذا ذكره الأصحاب ههنا، وذكر في المغني في الإجارة إن أجرها للبناء امتنع الغرس والزرع ، لأن ضررهما يختلف ، فتمتنع الزراعة ههنا كذلك ، وهو الصحيح ، قاله الحارثي .

(وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن) لأنهما أكثر ضرراً ، (وإن استعارها للغرس أو البناء فليس له الآخر) لأن ضررهما مختلف ، (و) حكم مستعير (كمستأجر في استيفائها) أي المنفعة (بنفسه وبمن يقوم مقامه) وهو وكيله لأنه نائبه ، (و) مستعير كمستأجر أيضاً (في استيفائها) أي المنفعة (بعينها وما دونها في الضرر من نوعها) فإذا أعاره لزرع البر ، فله زرعه وزرع ما دونه ، لا ما فوقه ضرراً ، كدخن وذرة، وإذا أعاره للركوب لم يحمل وعكسه ، (وغير ذلك) أي حكم المستعير حكم المستأجر في غير ما ذكر مما تقدم في الإجارة (إلا أنهما) أي المستعير ، والمستأجر (يختلفان في شيئين ، أحدهما) أن المستعير (لا يملك الإعارة ولا الإجارة على ما يأتي) لأنه لا يملك المنفعة بل الانتفاع ، (والثاني : الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع) لأنها عقد جائز ، فلا أثر للجهالة فيه للتمكن من قطعها بالفسخ ، بخلاف الإجارة (فلو أعاره مطلقاً) أي أعاره عيناً ولم يبين صفة الانتفاع بها (ملك) المستعير (الانتفاع بالمعروف في كل ما هو) أي المعار (مهيأ) أي صالح (له كالأرض مثلاً تصلح للبناء ، والغراس والزراعة ، والارتباط) فله الانتفاع بها في أي ذلك أراد ، (وما كان غير مهيئ له ، وإنما يصلح لجهة واحدة كالبساط إنما يصلح للفرش ، فالإطلاق فيه كالتقييد للتعيين) أي لتعين نوع الانتفاع (بالعرف) فيحمل الإطلاق عليه ، (فله) أي المستعير (استنساخ الكتاب المعار ، و) له (دفع الخاتم المعار إلى من ينقش له على مثاله) لأن المنافع واقعة

له ، فهو كالوكيل ، (وإذا أعاره) أرضاً (للغرس ، أو للبناء ، أو للزراعة لم يكن له) أي المستعير (ما زاد على المرة الواحدة) بلا إذن المعير لعدم تناول الإذن للزائد ، (فإن زرع) المستعير (أو غرس) أو بني (ما ليس له) زرعه أو (غرسه) أو بناؤه ، (فكغاصب) لأنه تصرف بغير إذن المالك ، (واستعارة الدابة للركوب لا تفيد السفر بها) لأنه ليس مأذوناً فيه نطقاً ولا عرفاً ، (والعارية المقبوضة مضمونة) روي عن ابن عباس وأبي هريرة لما روي الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَى تُؤَدِّيهُ » [1] رواه الخمسة وصححه الحاكم .

وعن صفوان : « أَنَّهُ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ أَدْرَاعاً فَقَالَ : أَغْصَباً يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ: بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » [2] رواه أحمد وأبو داود .

وأشار أحمد إلى الفرق بين العارية والوديعة بأن العارية أخذتها اليد ، والوديعة دفعت إليك ، ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف ، فكان مضموناً كالغصب وقاسه في المغني والشرح على المقبوض على وجه السوم، فيضمنها المستعير (بقيمتها يوم التلف) لأنه حينئذ يتحقق فوات العارية فوجب اعتبار الضمان به إن كانت متقومة ، ولعل المراد بيوم التلف : وقته ليلاً كان أو نهاراً (بكل حال) أي لا فرق بين أن يتعدى فيها ، أو يفرط فيها ، أو لا ، (وإن شرط نفي ضمانها) أي لم يسقط ، لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع، فالشرط فاسد ، (وإن كانت) العارية (مثلية) وتلفت ، (فـ) ـضمانها (بمثلها) لأنه أقرب إليها من القيمة ، (وكل ما كان أمانة) لا يزول عن حكمه بشرط ضمنه كالوديعة والرهن ، (أو) كان (مضموناً لا يزول عن حكمه بالشرط) لأن شرط خلاف مقتضى العقد فاسد ، (ولو استعار وقفاً ككتب علم وغيرها) كأدراع موقوفة على الغزاة ، (فتلفت بغير تفريط) ولا تعد ، (فلا ضمان) قال في شرح المنتهى : ولعل وجه عدم ضمانها لكون قبضها ليس على وجه يختص المستعير بنفعه ، لكون تعلم العلم وتعليمه، والغزو من المصالح العامة ، أو لكون الملك فيه ليس لمعين ، أو لكونه من جملة المستحقين له . أشبه ما لو سقطت قنطرة موقوفة بسبب مشيه عليها ، والله أعلم .

وفي التعليل الأول نظر ، إذ عليه لا فرق بين الملك والوقف ، ومقتضى التعليلين الأخيرين : أن ذلك لو كان وقفاً على معين وتلف ضمنه مستعيره كالمطلق ، وهو ظاهر. ولم أره .

---

(١) انظر تخريجه ص (١٨٩١) رقم (١)

(٢) سبق تخريجه .

(وإن كان) استعار كتب العلم الموقوفة ونحوها (برهن) وتلفت (رجع) الرهن (إلى ربه) وعلى ما تقدم في الرهن لا يصح أخذ الرهن عليها لأنها أمانة ، فيرد الرهن لربه مطلقاً وإن فرط لفساده ، ويضمن المستعير ما تلف منها بتفريطه أو تعديه ، (ولو أركب دابته منقطعاً لله تعالى فتلفت) الدابة (تحته لم يضمن) المنقطع الدابة ، إذ المالك هو الطالب لركوبه تقرباً إلى الله تعالى ، وكذا لو غطى ضيفه بنحو لحاف فتلف لم يضمنه ، (وكذ رديف ربها) بأن أركب إنساناً خلفه فتلفت الدابة تحتهما لم يضمن الرديف شيئاً ، لأن الدابة بيد مالكها ، (و) كذا (رائض) الدابة وهو الذي يعلمها السير إذا تلفت تحته لم يضمنها لأنه أمين .

(و) كذا (وكيله) أي وكيل رب الدابة إذا تلفت في يده لم يضمنها ، لأنه ليس بمستعير ، وكذا حيوان موصي بنفعه إذا قبضه الموصي له وتلف في يده بغير تفريط لم يضمنه ، لأن نفعه مستحق لقابضه ، (ولو قال) آخذ لدابة : (لا أركب إلا بأجرة وقال) الدافع : (لا آخذ أجرة ولا عقد بينهما) ، وأخذها (فـ) ـهي (عارية) تثبت لها أحكام العارية ، لأن ربها لم يبذلها إلا كذلك ، وكذا لو استعمل المودع الوديعة بإذن ربها ، (وإن تلفت أجزاؤها) باستعمالها بمعروف فلا ضمان ، (أو) تلفت العارية (كلها باستعمال) لها (بمعروف ، كحمل منشفة وطنفسة) بكسر نون في اللغة العالية ، واقتصر عليها جماعة منهم ابن السكيت . وفي لغة بفتحتين ، وهي بساط له خمل دقيق (ونحوهما) لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به ، وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع . قال ابن نصر الله : فعلى هذا لو تلفت بالانتفاع بالمعروف فلا ضمان ، وعلم من قوله بمعروف : أنه لو حمل في الثوب تراباً فتلف ضمنه لتعديه بذلك ، (أو) تلفت العرية أو جزؤها (بمرور الزمان فلا ضمان) لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه ، أشبه تلفه بالفعل المأذون فيه ، ولو جرح ظهر الدابة بالحمل وجب الضمان، سواء كان الحمل معتاداً أو لا ، لأنه غير مأذون فيه ، والاحتراز منه ممكن عند الحمل بخلاف حمل المنشفة ، ذكره الحارثي .

(وكذا لو تلف ولدها) أي العارية الذي سلم معها لأنه لم يدخل في الإعارة ولا فائدة للمستعير فيه ، أشبه الوديعة ، فإن قيل : تقدم أن الحمل وقت عقد مبيع فعليه هنا يكون معاراً ، قلت : يفرق بينهما بأن العقد في البيع على العين ، بخلاف العارية فإنه على المنافع ، ولا منفعة للحمل يرد عليها العقد ، (أو) تلفت (الزيادة) التي حصلت في العين المستعارة عند المستعير لم يضمنها ، لأنه لم يرد عليها عقد العارية ، وعلم منه:

أن الزيادة لو كانت موجودة عند العقد كما لو كانت الدابة سمينة ، فهزلت عند المستعير أنه يضمن نقصها .

قلت : إن لم تذهب في الاستعمال بالمعروف أو بمرور الزمان ، (وليس لمستعير أن يعير) المعار ، (ولا) أن (يؤجره إلا بإذن) ربه ، لأنه لا يملك منافعه ، فلا يصح أن يبيحها ولا أن يبيعها بخلاف مستأجر وتقدم . قال الحارثي : ولا يودعه ، (ولا يضمن مستأجر منه) أي المستعير (مع الإذن) من المعير إذا تلفت العين عنده بلا تفريط، كالمستأجر من ربها ، (وتقدم في الإجارة ، و) إذا أجر المستعير بإذن المعير العارية ، فـ (ـالأجرة لربها) لأنها بدل عما يملكه من المنافع (لا له) أي المستعير ، لأنه لا ملك له في المنافع ، وإنما يملك الانتفاع ، (فإن أعار) المستعير (بلا إذن) المعير (فتلفت) العارية (عند) المستعير (الثاني ضمن) رب العين (القيمة والمنفعة أيهما شاء) ، أما الأول فلأنه سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه ، أشبه ما لو سلط على مال غيره دابة فأكلته ، وأما الثاني فلأن العين والمنفعة فاتا على مالكهما في يده ، (والقرار) في ضمانهما (على الثاني) لأنه المستوفي للمنفعة بدون إذن المالك ، وتلف العين إنما حصل تحت يده ، ومحل ذلك (إن كان) الثاني (عالماً بالحال) أي بأن العين لها مالك لم يأذن في إعارتها ، وكذا لو أجرها بلا إذنه ، (وإلا) يكن الثاني عالماً بالحال (استقر عليه ضمان العين) لأنه قبضها على أنها عارية والعارية مضمونة ، (ويستقر ضمان المنفعة على) المستعير (الأول) لأنه غر الثاني بدفعها له على أن يستوفي بغير عوض ، وعكس ذلك : لو أجرها لجاهل بالحال فيستقر على المستأجر ضمان المنفعة، وعلى المستعير ضمان العين ، (وليس له) أي المستعير (أن يستعمل ما استعاره في غير ما يستعمل فيه مثله ، مثل أن يحشو القميص قطناً كما يفعل بالجوالق) غرارة من شعر ونحوه ، (أو يحمل فيه) أي القميص (تراباً أو يستعمل المناشف والطنافس في ذلك) أي حشو القطن أو التراب ، (أو يستظل بها من الشمس أو نحوه) لأنه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً ، (فإن فعل) ذلك (ضمن ما نقص من أجزائها بهذه الاستعمالات) لتعديه بها ، (فإن اختلفا) أي المعير والمستعير (فيما ذهبت به أجزاؤها فقال المستعير) ذهبت (بالاستعمال المعهود) أي المعتاد ، (وقال المعير) ذهبت (بغيره ولا بينة ، فقول مستعير مع يمينه ويبرأ من ضمانها) لأنه منكر ، والأصل براءته . (ويجب) على المستعير (الرد) للعارية (بمطالبة المالك) له بالرد ، ولو لم ينقض غرضه منها ، أو بمضي الوقت ، لأن الإذن هو المسلط لحبس لعين وقد انقطع بالطلب ، (و) يجب الرد أيضاً (بانقضاء الغرض من العين) المعارة ، لأن الانتفاع هو الموجب

للحبس ، وقد زال (وبانتهاء التأقيت) إن كانت العارية مؤقتة لانتهائها ، (وبموت المعير أو المستعير) لبطلان العارية بذلك ، لأنها عقد جائز من الطرفين ، (وحيث تأخر الرد فيما ذكرنا ، ففيه) أي المعار (أجرة المثل) لمدة تأخيره (لصيرورته) أي المعار (كالمغصوب ، قاله الحارثي) لعدم الإذن فيه ، (وعلى مستعير مؤنة رد العرية إلى مالكها كمغصوب) لما تقدم من قوله ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه »[1] ، وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد .

و(لا) يجب على المستعير (مؤنتها) أي العارية من مأكل ومشرب ما دامت (عنده) بل ذلك على مالكها كالمستأجرة ، (وعليه) أي المستعير (ردها) أي العارية (إليه) أي المالك أو وكيله (إلى الموضع الذي أخذها منه) كالمغصوب (إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره) قاله في الشرح .

(ولا يجب على المستعير أن يحملها) أي العارية (له) أي المعير (إلى موضع آخر) غير الذي استعاره فيه ، (فإذا أخذها) أي العارية (بدمشق وطالبه) مالكها بها (ببعلبك ، فإن كانت معه لزم الدفع) لعدم العذر ، (وإلا) تكن معه ببعلبك ، (فلا) يلزمه حملها إليها ، لأن الإطلاق إنما اقتضى الرد من حيث أخذ ، إعادة للشيء إلى ما كان عليه ، فلا يجب ما زاد ، (وإن استعار ما ليس بمال ككلب مباح الاقتناء) قلت : أو جلد ميتة مدبوغ (أو أبعد حراً صغيراً) ، قلت : ومثله مجنون (عن بيت أهله لزمه ردهما ، و) لزمه (مؤنة الرد) لعموم ما تقدم من قوله ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »[2] ، ولو مات الحر لم يضمنه ، كما يأتي في الباب عقبه وفي الديات ، (فإن رد) المستعير (الدابة إلى إصطبل) بقطع الهمزة مكسورة وفتح الطاء وسكون الباء غير عربي (مالكها ، أو) إلى (غلامه ، وهو القائم بخدمته وقضاء أموره عبداً كان أو حراً) لم يبرأ بذلك ، (أو) ردها إلى (المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها) ولم يسلمها لأحد ، لم يبرأ بذلك ، (أو) رد العارية (إلى عياله الذين لا عادة لهم

---

(١) الحديث من رواية ضمرة بن جندب رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند : ٨/٥ ، ١٣ ، والدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في العارية مؤداة ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، الحديث (٣٥٦١) ، والترمذي في السنن : ٥٦٦/٣ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، الحديث (١٢٦٦) ، وقال : « حسن صحيح » ، وابن ماجة في السنن : ٨٠٢/٢ ، كتاب الصدقات ، باب العارية ، الحديث (٢٤٠٠) ، والحاكم في المستدرك : ٤٧/٢ ، كتاب البيوع ، باب لا يجوز لامرأة في مالها ، وقال : « صحيح الإسناد على شرط البخاري » ، وأقره الذهبي .

(٢) راجع تخريج ما قبله .

بقبض ماله لم يبرأ من الضمان) لأنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها ، فلم يبرأ كالأجنبي ، (وإن ردها) أي رد المستعير الدابة ، (أو) رد (غيرها) من العواري (إلى من جرت عادته بجريان ذلك) أي الرد (على يده كسائس) رد إليه الدابة ، (و) كـ (زوجة متصرفة في ماله وخازن) إذا رد إليهما ما جرت عادتهما بقبضه، (و) كـ (وكيل عام في قبض حقوقه ، قاله) القاضي (في المجرد ، بريء) المستعير من الضمان لأنه مأذون في ذلك عرفاً ، أشبه ما لو أذن له فيه نطقاً ، (وإن سلم شريك إلى شريكه الدابة المشتركة ، فتلفت بلا تفريط ولا تعد ، بأن ساقها فوق العادة) مثال للتعدي المنفي، وقوله : (من غير انتفاع ونحوه) متعلق بسلم (لم يضمن ، قاله الشيخ) لأنه أمين ، (ويأتي تتمة في الهبة) وإن ساقها فوق العادة ضمن ، وإن سلمها إليه ليعلفها ويقوم بمصلحتها ونحوه ، لم يضمن ، وإن سلمها إليه لركوبها لمصالحه وقضاء حوائجه عليها فعارية ، (ومن استعار شيئاً ثم ظهر مستحقاً فلمالكه أجر مثله) لأنه لم يأذن في استعماله (يطالب به من شاء منهما) ، أما الدافع فلتعديه بالدفع ، وأما القابض فلقبضه مال غيره بغير إذنه ، (فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم) لأنه غره (ما لم يكن) المستعير (عالماً) بالحال ، فيستقر عليه الضمان ، لأنه دخل على بصيرة ، (وإن ضمّن) المالك (المعير) الأجرة (لم يرجع) بها (على أحد) إن لم يكن المستعير عالماً وإلا رجع عليه لما تقدم ، (ويأتي في الغصب) موضحاً .

★ ★ ★

فصـــل

وإن دفع إليه دابة أو غيرها من الأعيان المنتفع بها مع بقائها ، (ثم اختلفا) أي المالك والقابض ، (فقال) المالك : (أجرتك ، فقال) القابض : (بل أعرتني) ، وكان ذلك (عقب العقد) بأن لم يمض زمن له أجرة عادة (والدابة) أو غيره (قائمة) لم تتلف ، (فقول القابض) بيمينه ، لأن الأصل عدم عقد الإجارة ، (و) حينئذ (ترد) العين (إلى مالكها) لأنه لا مستحق لها غيره .

(وإن كان) الاختلاف (بعد مضي مدة لها أجرة) عادة ، (فـ) القول (قول مالك فيما مضى من المدة) مع يمينه لأنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك القابض ، فقدم قول المالك ، كما لو اختلفا في عين ، فادعى المالك بيعها والآخر هبتها ، إذ المنافع تجري مجرى الأعيان (دون ما بقي) من المدة ، فلا يقبل قول المالك فيه ، لأن الأصل عدم العقد ، (و) إذا حلف المالك فـ (له أجرة مثل) لأن الإجارة لا تثبت بدعوى

المالك بغير بينة ، وإنما يستحق بدل المنفعة ، وهو أجرة المثل ، (وإن كانت الدابة قد تلفت) ، وقال المالك : أجرتكها . وقال القابض : أعرتنيها (لم يستحق صاحبها المطالبة بقيمتها ، لإقراره بما يسقط ضمانها) وهو الإجارة ، (ولا نظر إلى إقرار المستعير) بالعارية ، (لأن المالك رد قوله بإقرره) بالإجارة ، (فبطل) إقراره ، (وإن قال) المالك : (أعرتك) العين ، (قال) القابض : (بل أجرتني والبهيمة تالفة) فقول مالك ، لأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان ، (وإن اختلفا في ردها) بأن قال مستعير : رددتها ، وأنكره المالك ، (فقول مالك) بيمينه ، لأن الأصل عدم الرد، وكالمدين إذا أدعى أداء الدين ، (وإن قال) القابض : (أعرتني ، أو أجرتني قال) المالك : (بل غضبتني ، فإن كان اختلافهما عقب العقد والبهيمة قائمة أخذها مالكها ، ولا شيء له) لأن الأصل عدم الإجارة والعارية ، ولم يفت منها شيء ليأخذ المالك عوضه ، (وإن كان) اختلافهما ، و(قد مضى مدة لها أجرة فقول المالك) بيمينه لما تقدم من أن الأصل عدم الإجارة والعارية ، وأن الأصل في القابض لمال غيره الضمان ، (فتجب له أجرة المثل على القابض) للعين ، حيث لا بينة له ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ، (وإن تلفت الدابة) واختلفا (ففي مسئلة دعوى القابض العارية) والمالك الغصب (هما متفقان على ضمان العين) ، إذ كل من الغصب والعارية مضمون (مختلفان في الأجرة) لأن المالك يدعيها لدعواه الغصب ، والقابض ينكرها بدعواه العارية ، (والقول قول المالك) لما تقدم ، (فـ) يحلف ، و(تجب له أجرة المثل) على القابض (كما تقدم ، وفي دعواه) أي القابض (الإجارة) مع دعوى المالك الغصب هما (متفقان على وجوب الأجرة ، مختلفان في ضمان العين ، والقول قول المالك ، فيغرم القابض قيمتها إذا كانت تالفة في الصورتين) أي في دعوى الإجارة ودعوى العارية ، حيث ادعى المالك الغصب فيهما ، ويغرم القابض أيضاً أجرة مثلها إلى حين التلف فيهما، كما علم مما تقدم ، (وإن قال) المالك : (أعرتك ، قال) القابض : (بل أودعتني ، فقول مالك) بيمينه ، لما تقدم ، (ويستحق) المالك (قيمة العين إن كانت تالفة) ولا أجرة ، (وعكسها) بأن قال المالك : أودعتك ، فقال القابض : أعرتني .

(فـ) القول (قوله) أي المالك (أيضاً) لما تقدم ، (فيضمن) القابض (ما انتفع به) أي أجرة انتفاعه بالمقبوض ، ويرد العين إن كانت باقية ، وإلا فقيمتها أيضاً ، وإذا ادعى أنه زرعها عارية . وقال ربها : إجارة ، فقول ربها ، ذكره الشيخ تقي الدين .



باب الغصب وجناية البهائم وما في معنى ذلك من الإتلافات

(الغصب حرام) إجماعاً ، لقوله تعالى : ﴿ لا تَأْكُلُوا أَمْوَٰلَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ ﴾ [1] ، وقوله ﷺ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ » [2] رواه ابن ماجة والدارقطني .

(وهو) أي الغصب : مصدر غصب الشيء يغصبه - بكسر الصاد - غصباً ، واغتصبه يغتصبه اغتصاباً ، والشيء مغصوب وغصب . وهو في اللغة : أخذ الشيء ظلماً ، قاله الجوهري وابن سيده ، وشرعاً : (استيلاء غير حربي عرفا) أي فعل بعد استيلاء عرفا (على حق غيره) من مال أو اختصاص (قهراً بغير حق) فعلم منه : أن الغصب لا يحصل بغير الاستيلاء ، ويأتي ، وأن استيلاء الحربي على ما لنا ليس غصباً ، لأنه يملكه بذلك كما تقدم في الغنيمة ، وأن السرقة والنهب والاختلاس ليست غصباً لعدم القهر فيها ، وأن استيلاء الولي على مال موليه ليس غصباً ، لأنه بحق .

قيل : « قهراً » زيادة في الحد ، لأن الاستيلاء يدل عليه . قال في المبدع : وفيه نظر ، لأنه لا يستلزمه ، مع أنه يخرج بقيد القهر ما تقدم من المسروق والمنتهب والمختلس . ودخل في الحد : ما يؤخذ من الأموال بغير حق كالمكوس ، (وتضمن أم ولد) بغصب لأنها تجري مجرى المال ، بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف ، لكونها مملوكة كالقن ، بخلاف الحرة ، فإنها ليست بمملوكة ، فلا تضمن بالقيمة ، (و) يضمن (قن) بغصب ذكراً كان أو أنثى ، كسائر المال ، (و) يضمن (عقار بغصب) لما روى سعيد بن زيد: أن النبي ﷺ قال : « مَنْ اقْتَطَعَ مِنَ الأَرْضِ شِبْراً ظُلْماً طَوَّقَهُ اللهُ يَوْمَ القِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » [3] متفق عليه ، ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب كالمنقول والعقار بفتح العين . قال أبو السعادات : هو الضيعة والنخل والأرض ، فيضمن

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

(٢) الحديث من رواية أنس بن مالك أخرجه الدارقطني في السنن : ٢٦/٣ ، كتاب البيوع ، باب البيوع .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق ، باب ما جاء في سبع أرضين ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٣٨) .

الغاصب العقار (إذا تلف بغرق ونحوه) كسائر المغصوبات ، (لكن لا تثبت يد على بضع) بضم الباء ، وجمعه أبضاع كقفل وأقفال ، يطلق على الفرج والجماع والتزويج والبضاع : الجماع لفظاً ومعنى ، ذكره في الحاشية ، (فيصح تزويج الأمة المغصوبة) قنا كانت أو أم ولد ، أو مدبرة أو مكاتبة ، (ولا يضمن الغاصب مهرها لو حبسها عن النكاح حتى فات) نكاحها (بالكبر) أي كبرها ، لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المعاوضة عليه بالإجارة ، والبضع ليس كذلك .

(ولا يحصل الغصب من غير استيلاء ، فلو دخل أرض إنسان أو داره ؛ صاحبها فيها أو لا) سواء دخل (بإذنه أو بغير إذنه لم يضمنها بدخوله) حيث لم يقصد الاستيلاء ، (كما لو دخل صحراة له) لأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمن بالعارية . وهذا لا يثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها ، فكذلك لا يثبت به الغصب .

« تنبيه » في قوله : صحراة نظر . قال في الصحاح : تقول هذه صحراء واسعة ، ولا تقول هذه صحراة ، فتدخل تأنيثاً على تأنيث .

« فائدة » : لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين ، فيكفي مجرد الاستيلاء ، فإذا ركب دابة واقفة لإنسان وليس هو عندها صار غاصباً ، ولو دخل داراً قهراً وأخرج ربها فغاصب ، وإن أخرجه قهراً ولم يدخل أو دخل مع حضور ربها وقوته فلا ، وإن دخل قهراً ولم يخرجه فقد غصب ما استولى عليه وإن لم يرد الغصب فلا ، وإن دخلها قهراً في غيبة ربها فغاصب ، ولو كان فيها قماشه ، ذكره في المبدع .

(وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه) وهو كلب صيد وماشية وحرث لزمه رده ، (أو) غصب (خمر ذمي مستورة) أو خمر خلال لزمه ردها ، لأنها غير ممنوع من إمساكها ، وكذا لو غصب دهناً متنجساً ، لأنه يجوز الاستصباح به في غير مسجد ، (أو تخلل خمر مسلم في يد غاصب ، لزمه رده) لأنها صارت خلا على حكم ملكه ، فإن تلف ضمنه . وقوله : « مسلم » ليس بقيد ، بل خمر الذمي إذا تخلل بيد الغاصب يجب رده بطريق الأولى ، لأنه كان يجب رده قبل التخلل ، فبعده أولى (لا ما أريق) من خمر مسلم ، ولعل المراد غير خلال ، (فجمعه آخر فتخلل) في يد جامعه ، فلا يلزمه رده (لزوال يده هنا) بالإراقة ، (وإن أتلف) غاصب أو غيره (الكلب أو الخمر ولو كان المتلف ذمياً لم تلزمه قيمتها) لأنهما ليس لهما عوض شرعي ، لأنه لا يجوز بيعهما (كخنزير ، و) كـ (ـخمر غير مستورة) ولو لذمي ، (وتجب إراقة خمر المسلم) غير الخلال لأنه لا يقر على اقتنائه ، (ويحرم ردها) أي الخمر (إليه) أي المسلم غير الخلال

لأنه إعانة له على ما يحرم عليه ، (وإن غصب جلد ميتة نجسة ، لم يلزمه) أي الغاصب (رده) ولو دبغه ، (لأنه لا يطهر بدبغه ، ولا قيمة له) لأنه لا يصح بيعه ، واختار الحارثي : يجب رده حيث قلنا ينتفع به في اليابسات ، لأن فيه نفعاً مباحاً كالكلب المقتني ، وصححه في تصحيح الفروع ، وهو القياس ، وقطع به ابن رجب ، واختاره أيضاً الموضح . وقال : وصرحوا بوجوب رده في الإقرار بالمجمل ، (وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك ، و) لو كان (صغيراً) لأنه ليس بمال ، (ويأتي في الديات إن شاء الله تعالى) بأوضح من ذلك ، لكن تقدم في الباب قبله : إذا أبعده عن بيت أهله يلزمه رده ومؤنته عليه ، ولا يضمن دابة عليها مالكها الكبير ومتاعه ، لأنها في يد مالكها ، نقله ابن رجب عن القاضي ، وجزم به في المنتهى ، (ويضمن) الغاصب (ثيابه) أي ثياب حر صغير ، (وحليه) وإن لم ينزعه عنه ، لأنه مال ، أشبه ما لو كان منفرداً ، (وإن استعمله) أي الحر كبيراً كان أو صغيراً (كرهاً ، أو حبسه) مدة ، فعليه أجرته) لأن منفعته مال يجوز أخذ العوض عنها ، فضمنت بالغصب ، (كـ) منافع (العبد ، وإن منعه) أي منع إنسان آخر (العمل من غير حبس ، فلا) ضمان عليه في منافعه ، (ولو) كان الممنوع (عبداً) لأن منافعه فاتت تحت يده ، فلا يضمنها الغير .



(فصل فيما يجب على الغاصب)

ويلزمه أي الغاصب (رد المغصوب إلى محله) الذي غصبه منه ، (وإن بعد ، إن قدر على رده) أي إن كان باقياً لقوله ﷺ : « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّى تُؤَدِّيَهُ » رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وحسنه الترمذي ، ولما روى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده : « لا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لاعِباً أَوْ جَاداً، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا»[1] رواه أبو داود ، (ولو غرم) الغاصب (عليه) أي الرد (إضعاف قيمته) لأنه هو المعتدي ، فلم ينظر إلى مصلحته ، فكان أولى بالغرامة ، (فإن قال ربه) أي المغصوب المبْعد : (دعه) مكانه (وأعطني أجرة رده) إلى مكانه ، (وإلا ألزمتك برده) لم يلزمه ، لأنها معاوضة فلا يجبر عليها (أو طلب) رب المغصوب (منه) أي الغاصب

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢٢١/٤ في مسند يزيد بن السائب رضي الله عنه ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأدب ، باب من يأخذ الشيء على المزاح ، الحديث (٥٠٠٣) ، والترمذي في السنن : ٤٦٢/٤ ، كتاب الفتن ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً ، الحديث (٢١٦٠).

(حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد ، لم يلزمه) أي الغاصب ، ولو كان أقرب لأنها معاوضة ، (وإن قال المالك : دعه) أي المغصوب (لي في المكان الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده) إلى المكان الذي غصبه منه ، لأنه تصرف لم يؤذن له فيه ، (وإن قال) المالك (رده) أي المغصوب (إلى بعض الطريق) إلى الموضع الذي غصبه منه (لزمه) رده إليه ، لأنه يلزمه إلى جميع المسافة ، فلزمه إلى بعضها ، كما لو أسقط رب الدين عن المدين بعض الدين وطلب منه باقيه ، (ومهما اتفقا عليه من ذلك) المذكور (جاز) لأن الحق لهما ، (وإن خلطه) أي المغصوب (بما يمكن تمييزه منه ، أو) يمكن (تمييز بعضه كحنطة) خلطها (بشعير أو بسمسم ، أو) خلط (صغار الحب بكباره) ولو اتحد الجنس ، (أو) اختلط (زبيب أحمر بأسود) وما أشبهه (لزمه) أي الغاصب (تخليطه ورده) إلى مالكه ، (وأجرة المميز عليه) أي الغاصب ، لأنه بسبب تعديه ، فكان أولى بغرمه من مالكه ، لكون الشارع لم ينظر إلى مصلحة المتعدي ، (وإن) اختلط المغصوب بغيره ، و(لم يمكن تمييزه ، فسيأتي في الباب ، وإن شغل المغصوب بملكه ، كحجر بني) الغاصب (عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فإن بلى الخيط وانكسر الحجر) بحيث لا ينتفع به ، وإلا رده مع أرشه ، (أو كان مكانه خشبة فتلفت) الخشبة (لم يجب رده) لأنه صار مستهلكاً ، (ووجبت قيمته) كما لو أتلفه ، (وإن كان) الحجر ، أو الخشبة ، أو الخيط (باقياً بحاله) أو متغيراً (لزمه رده) مع أرش نقصه أن نقص ، (وإن انتقض البناء) برد الحجر أو الخشبة ، (وتفصل الثوب) برد الخيط ، لأنه مغصوب أمكن رده ، فوجب كما لو لم يبن عليه أو يخيط به ، وإن وصل به ، (وإن سمر) الغاصب (بالمسامير) المغصوبة (باباً لزمه) أي الغاصب (قلعها وردها) للخبر ، ولا أثر لضرره ، لأنه حصل بتعديه ، (وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة ، أو) كانت من (مال المغصوب منه ، فلا شيء للغاصب) في نظير عمله لتعديه به ، (وليس له) أي الغاصب (قلعها) لأنه تصرف لم يؤذن له فيه ، (إلا أن يأمره المالك) بقلعها (فيلزمه) القلع ، ولا أثر لضرره ، لأنه حصل بتعديه ، (وإن كانت المسامير للغاصب ، فوهبها للمالك ، لم يجبر المالك على قبولها) من الغاصب ، لما عليه من المنة ، (وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه ، فالأجر عليه) لأنه غر العامل ، ولا شيء على المالك ، لأنه لم يأذن فيه ، (وإن زرع) الغاصب (الأرض فردها بعد أخذ الزرع ، فهو للغاصب) قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه ، لأنه نماء ماله ، (وعليه) أي الغاصب (أجرتها) أي الأرض (إلى وقت تسليمها) لأنه استوفى نفعها ، فوجب عليه عوضه ، كما لو استوفاه بالإجارة ،

ولأن المنفعة مال ، فوجب أن تضمن كالعين ، (و) عليه (ضمان النقص) إن نقصت كسائر الغصوب ، (ولو لم يزرعها) أي المغصوبة الغاصب ، (فنقصت لترك الزراعة ، كأراضي البصرة أو نقصت) المغصوبة ، (لغير ذلك ضمن) الغاصب (نقصها) لأنه نقص حصل بيده العادية ، (وإن أدركها) أي الأرض (ربها ، والزرع قائم) لم يحصد، (فليس له إجبار الغاصب على قلعه) لما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: « مَنْ زَرَعَ فِي أرض قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَلَهُ نَفَقَتُهُ »[1] رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه ، ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه ، كما لو غصب سفينة فحمل فيها متاعه، وأدخلها لجة البحر ، لا يجبر على إلقائه ، فكذا هنا ، صيانة للمال عن التلف ، وفارق الشجر لطول مدته ، وحديث : « لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » محمول عليه ، لأن حديثنا في الزرع ، فيحصل الجمع بينهما .

(ويخير) مالك الأرض (بين تركه) أي الزرع (إلى الحصاد بأجرته) أي أجرة مثله وأرش نقصها إن نقصت ، (وبين أخذه بنفقته) لأن كل واحد منهما يحصل به غرضه، فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه ، (فيرد) المالك إن اختار أخذ الزرع للغاصب (مثل البذر وعوض لواحقه ، من حرث وسقي وغيرهما) لقوله ﷺ في الحديث السابق : «وَلَهُ نَفَقَتُهُ »[2] .

قال الإمام : إنما أذهب إلى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس . وظاهره : ولو كان عمل الحرث ونحوه بنفسه ، لأن العمل متقوم استهلك لمصلحة الزرع ، فوجب رد عوضه ، كما لو استأجر من عمله ، وهذا أحد احتمالين ذكرهما الحارثي ، (ولا أجرة) على الغاصب في الأرض المغصوبة ، إذا اختار المالك أخذ الزرع بنفقته مدة (مكثه) أي الزرع (في الأرض) المغصوبة ، لأن منافع الأرض في هذه المدة عادت إلى المالك ، فلم يستحق عوضها على غيره ، (ويزكيه) أي الزرع (رب الأرض إن أخذه قبل وجوب الزكاة) بأن تملكه قبل اشتداده لوجوبها وهو في ملكه ، (و) إن تملكه (بعده) أي بعد

---

(١) الحديث أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص٣٦٤) ، كتاب أحكام الأرضين .... ، باب إحياء الأرضين واحتجارها ، الحديث (٧٠٨) ، وأحمد في المسند : ٣/ ٤٦٥ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، الحديث (٣٠٤٣) ، والترمذي في السنن : ٣/ ٦٤٨ كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، الحديث (١٣٦٦) ، وقال : حسن غريب ، وابن ماجه في السنن : ٢/ ٨٢٤ ، كتاب الرهون ، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، الحديث (٢٤٦٦) .

(٢) راجع ما قبله .

وجوب ، بأن تملكه بعد الاشتداد ، فزكاته (على الغاصب) لأنه المالك وقت وجوبها ، صححه في الإنصاف . قال في تصحيح الفروع : وهذا الصحيح ، وقواعد المذهب تقتضيه .

والوجه الثاني : تزكية آخذه ، وهو مقتضى المنصوص واختيار الخرقي ، وأبي بكر ، وابن أبي موسى ، والحارثي وغيرهم ، لأنهم اختاروا أن الزرع من أصله لرب الأرض ، ولكن المذهب الأول . انتهى .

ومقتضى كلامه في التنقيح والمنتهى في الزكاة : أن المذهب لثاني ، وإن قلنا الملك للغاصب إلى أخذه ، ويفرق بين رب الأرض والمشتري ، بأن رب الأرض يتملكه بنفقته، فملكه استند إلى أول وجوده بخلاف المشتري ، (وإن غرسها) أي الأرض المغصوبة (الغاصب ، أو بني فيها ولو) كان الغاصب شريكاً في الأرض المغصوبة ، (أو فعله) أي غرس، أو بني في الأرض أجنبي أو شريك (من غير غصب ، بلا إذن) رب الأرض (أخذ) أي ألزم (بقلع غراسه ، و) قلع (بنائه) إذا طالبه رب الأرض بذلك ، لقوله ﷺ : « لَيْسَ لِعِرَقِ ظَالِمٍ حَق »[1] رواه الترمذي وحسنه ، وفي رواية أبي داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير قال : « وَلَقَدْ أَخْبَرَنِي الذي حدثني هَذَا الحديثَ : أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إلى النَّبِيِّ ﷺ غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلاً في أَرْضِ الآخَرِ ، فَقَضَى لِصَاحِبِ الأرْضِ بِأَرْضِهِ ، وَأَمَرَ صَاحِبَ النّخل أنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْهَا ، فَلَقَدْ رَأَيْتَهَ وَإِنَّهَا لَتُضْرَبُ أُصُولها بِالْفُؤُوسِ ، وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُم » . قال أحمد : العم الطول .

(و) أخذ الغاصب أيضاً بـ (تسوية لأرض وأرش نقصها) لأنه ضرر حصل بفعله، فلزمه إزالته كغيره ، (و) عليه (أجرتها) أي أجرة مثل الأرض مدة احتباسها ، لأن منافعها ذهبت تحت يده العادية ، فكان عليه عوضها كالأعيان ، (ثم إن كانت آلات البناء من المغصوب) بأن كان فيه لبن أو آجر ، أو ضرب منه لبناً أو آجراً ، أو بني به فيه ، (فـ) ـعليه (أجرتها مبنية) لأن البناء والأرض ملك للمغصوبة منه الأرض ، ولا أجرة للغاصب لبنائه ، (وإلا) تكن الآلات البناء من المغصوب ، بل كانت الآلات للغاصب فعليه (أجرتها غير مبنية) لأنه إنما غصب الأرض وحدها ، وأما بناؤه بآلاته فله ، (فلو أجرها) أي أجر الغاصب الأرض المغصوبة المبنية بآلاته مع ما بها من بناء ، (فالأجرة) المستقرة على المستأجر (لهما) أي مشتركة بين الأرض ورب البناء (بقدر قيمتهما) أي قيمتي منفعتيهما ، فينظر : كم أجرة الأرض مبنية ، ثم أجرتها خالية ؟

---

(١) سبق تخريجه .

فما بينهما فهو أجرة البناء ، فيوزع ما يؤخذ من المستأجر على أجرة الأرض وأجرة البناء، فيختص كل واحد بأجرة ماله ، (ولو جصص الغاصب الدار) ونحوها (أو زوقها ، فحكمه كالبناء) لأنه شغل ملك غيره بما لا حرمة له ، (ولو غصب) إنسان (أرضاً وغراساً من شخص واحد فغرسه فيها ، فالكل لمالك الأرض) ولا شيء للغاصب في نظير فعله لتعديه .

(فإن طالبه) أي الغاصب (ربها بقلعه) أي الغرس ، (وله في قلعه غرض صحيح أجير) الغاصب (عليه) لأنه فوت عَلى المالك غرضاً مقصوداً بالأرض ، فأوخذ بإعادتها إلى ما كانت عليه ، (وعليه) أي الغاصب ، وفي نسخة : وعلى (تسوية الأرض ، و) أرش (نقصها ، و) أرش (نقص الغراس) لحصوله بتعديه ، (وإن لم يكن) للمالك (في قلعه غرض صحيح لم يجبر) الغاصب على القلع لأنه سفه ، (وإن أراد الغاصب قلعه) أي قلع الغراس أو البناء (ابتدء) من غير طلب من المالك ، (فله منعه) من القلع ، لأنهما ملكه ، فليس لغيره التصرف عليه بغير إذنه ، (ويلزمه) أي الغاصب (أجرته) أي المغصوب إذا بناه الغاصب بآلات من المغصوب (مبنياً) لأن البناء والأرض ملك لربهما وتقدم ، وإن غصب أرضاً لرجل وغرساً من آخر وغرسه في الأرض ، ثم وقع النزاع في مؤنة القلع ، فكما لو حمل السيل غرساً إلى أرض آخر فنبت فيه ، على ما تقدم في العارية ، وهذا معنى كلام المجد ، فإذا قلنا : ليس له قلعه مجاناً وغرم أرش النقص رجع رب الأرض به على الغاصب ، لأنه تسبب في غرمه ، وكذا إذا زرع الأرض المغصوبة ببذر الغير ، هل له تبقيته بأجرة أو مجاناً ؟ على وجهين ، فإذا قلنا : لا أجرة فهي على الغاصب ، وعلى الوجه الآخر : تكون على صاحبه ، هذا حاصل كلام المجد (ورطبة ونحو) كنعناع وبقول مما يجرز مرة بعد أخرى ، أو يتكرر حمله كقثاء وباذنجان (كزرع فيما تقدم) في أن رب الأرض إذا أدركه قائماً له أن يتملكه بنفقته ، لأنه ليس له أصل قوي ، أشبه الحنطة والشعير (لا كغرس) أي ليس حكمه حكم الغرس ، وإذا غصب الأرض فغرسها وأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ، فهي له ، وكذا لو أدركها والثمرة عليها ، لأنه ثمرة شجره ، فكانت له كأغصانها ، قدمه في المغني ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وابن رزين ، والمبدع . وصححه الحارثي ، قال : والقياس على الزرع ضعيف ، وعنه كالزرع ، إن أدركها قبل الجذاذ أخذها ، وعليه النفقة ، واختاره القاضي ، (ولو أراد مالك الأرض) المغصوبة (أخذ البناء والغراس) من الغاصب (مجاناً ، أو) أراد أخذهما (بالقيمة وأبى مالكه) أي الغراس أو البناء الإعطاء (لم يكن له) أي مالك (ذلك) لأنه عين مال الغاصب ، فلم يملك رب الأرض أخذه ، كما لو وضع فيها أثاثاً أو نحوه . وقال المجد في شرحه :

لصاحب الأرض تملك البناء والغراس بقيمته مقلوعاً ، إذا كانت الأرض تنقص بقلعه ، (وإن اتفقا) أي مالك الأرض ومالك الغراس أو البناء (على تعويضه) أي على (أن يعوض رب الأرض رب الغراس أو البناء عنه ، جاز) لأن الحق لا يعدوهما ، (وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض ليتخلص) الغاصب (من قلعه فقبله المالك، جاز) لتراضيهما ، (وإن أبى) مالك الأرض (قبوله) أي الغراس أو البناء من الغاصب ، (وكان) لرب الأرض (في قلعه غرض صحيح ، لم يجبر) رب الأرض (على قبوله) من الغاصب ، لأنه يفوت غرضه الصحيح ، فإن لم يكن في قلعه غرض صحيح ففيه احتمالان :

أحدهما : أنه يسقط الطلب عن الغاصب بقلعه ، لأنه سفه ، وقد زاد زيادة تنفعه ولا تضره .

والثاني : لا لأنه عقد يعتبر له الرضا ، فلم يجبر عليه كالبيع . قال في الإنصاف : الأولى أن لا يجبر ، (وإن أخذ) الغاصب أو غيره (تراب أرض) بغير إذن ربها (فضربه لبناً رده) لأنه عين مال رب الأرض ، (ولا شيء له) في نظير عمله لتعديه به، (إلا أن يجعل) الغاصب (فيه تبناً له) أي للغاصب ، (فله أن يحله) أي اللبن (ويأخذ تبنه) . قال الحارثي : لكن عليه ضمان اللبن ، لأنه قد تمحض للمالك ملكاً (إن كان يحصل منه شيء) لأنه عين ماله ، وإن لم يكن يحصل منه فليس له حله بغير إذن ربه ، لأنه تصرف في مال الغير لغير حاجة ، (وإن طالبه المالك بحله) أي اللبن (لزمه) أي الغاصب حله (إن كان فيه) أي الحل (غرض صحيح) وإلا فلا ، لأنه سفه، (وإن جعله) أي التراب بعد ضربه (آجراً) وهو اللبن المشوي (أو فخاراً) بفتح الفاء (لزمه) أي الغاصب (رده) للمالك ، (ولا أجر له لعمله) لأنه عدوان (وليس له) أي الغاصب (كسره) أي الآجر أو الفخار ، (ولا للمالك إجباره عليه) أي الكسر، لأنه إضاعة مال بلا فائدة ، (وإن غصب) إنسان (فصيلاً) أو مهراً ونحوه (فأدخله داره فكبر ، وتعذر خروجه بدون نقض الباب ، أو) غصب (خشبة وأدخلها داره، ثم بني الباب ضيقاً) بحيث (لا تخرج) الخشبة (إلا بنقضه ، وجب نقضه) أي الباب ، لضرورة وجوب الرد ، (ورد الفصيل والخشبة) لربهما ، ولا شيء على ربهما لأن المتعدي أولى بالضرر ، (وإن كان حصوله) أي الفصيل (في الدار من غير تفريط من صاحبها) بأن دخل الفصيل بنفسه أو أدخله ربه (نقض الباب ، وضمانه على صاحب الفصيل) لأنه لتحصيل ماله ، فيغرم مالكه أرش نقض البناء وإصلاحه ، (وأما الخشبة) إذا حصلت في الدار من غير تفريط صاحبها ، (فإن كان كسرها أكثر

ضرراً من نقض الباب) بأن تنقص قيمتها بالكسر أكثر من أرش نقضه وإصلاحه ، (فكالفصيل) فينقض الباب ، ويغرم صاحبها أرش نقضه وإصلاحه ، (وإن كان) كسرها (أقل) ضرراً (كسرت) ولا شيء على صاحب الدار لعدم عدوانه ، (وإن كان حصوله) أي ما ذكر من الفصيل أو الخشبة (في الدار بعدوان من صاحبه ، كمن غصب داراً ، وأدخلها فصيلاً أو خشبة ، أو تعدى على إنسان ، فأدخل داره فرساً ونحوها) بغير إذنه (كسرت الخشبة ، وذبح الحيوان) المأكول ، (وإن زاد ضرره على نقض البناء) لأن ربه هو الذي أدخل الضرر على نفسه بعدوانه ، وإن كان الحاصل من ذوات التركيب كالتوابيت والأسرة ، فكذلك إن فرط مالك الدار ، نقض الباب من غير أرش ، وإن فرط مالكه فكك التركيب ، (وإن باع) إنسان (داراً وفيها ما يعسر إخراجه كخوابي) غير مدفونة ، (وخزائن) غير مسمورة لما تقدم في البيع : إنه يتناول المتصل بها (حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو) من (تفصيله) أي ما يتأتى تفصيله ، كخزائن ، (و) من (ذبح الحيوان) المأكول (نقض) الباب ، (وكان) أرش نقضه ، و(إصلاحه على البائع) لأنه لتخليص ماله ، وكذا لو باع داراً وله فيها أسرة ، وتعذر الإخراج والتفكيك ، (وإن كان) نقض الباب لعدم فائدته ، (ويصطلحان على ذلك ، بأن يشتريه مشتري الدار وغير ذلك) بأن يهبه له البائع ونحوه. وهذا اختيار الموفق .

وقال القاضي وابن عقيل ، وصاحب التلخيص وغيرهم : بنقض الباب ، وعلى البائع ضمان النقض ، (وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يقلع ، وهي) أي السفينة (في اللجة حتى تخرج) السفينة (منها) أي اللجة ، (وترسي إن خيف عليها) الغرق (بقلعه) لأن في قلعه إفساداً لمال الغير ، مع إمكان رد الحق إلى مستحقه بعد زمن يسير بدونه ، (ولو لم يكن فيها إلا مال الغاصب ، أو لم يكن فيها ذو روح محترم) خلافاً لأبي الخطاب ، لأنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف ، كما لو كان فيها مال غيره ، (وعليه) أي الغاصب (أجرته) أي اللوح (إليه) أي إلى رده ، لذهاب منافعه بيده وأرش نقصه إن نقص .

(وإن كان اللوح في أعلاها) أي السفينة ، بحيث (لا تغرق بقلعه ، لزمه قلعه) ورده لربه كما لو كانت بالساحل ، (ولصاحب اللوح طلب قيمته حيث تأخر القلع) لكونها في اللجة وخيف غرقها للحيلولة ، (فإذا أمكن رد اللوح) إلى ربه (استرجعه ورد القيمة) لزوال الحيلولة ، وعلى الغاصب الأجرة إلى حين بذله القيمة فقط ، ولا يملكه ببذلها بل يملكها ربه ، (وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان محترم) من آدمي

أو غيره ، (وخيف من قلعه) أي الخيط (ضرر آدمي) لم يقلع وعليه قيمته ، (أو) خيف من قلعه (تلف غيره) الآدمي ، (فعليه) أي الغاصب (قيمته) أي الخيط، لأنه تعذر رد الحق إلى مستحقه ، فوجب رد بدله ، وهو القيمة ، ولا يلزمه القلع ، لأن الحيوان آكد حرمة من بقية المال ، وكذا لو شد بالمغصوب جرحاً يثغب دمه ، أو جبر به نحو ساق مكسور ، (وغير المحترم) مبتدأ خبره (كالمرتد والحربي والكلب العقور والخنزير) فإذا خاط جرح ذلك بالخيط المغصوب وجب رده ، لأنه لا يتضمن تفويت ذي حرمة ، أشبه ما لو خاط به ثوباً ، (وإن كان) الحيوان (مأكولاً) وخاط جرحه بالخيط المغصوب وهو ملك (للغاصب ذبح) الحيوان ولو نقصت به قيمته أكثر من ثمن الخيط، أو لم يكن معد الأكل ، كالخيل ، (ولزمه) أي الغاصب (رده) أي الخيط لربه ، لأنه متمكن من رده بذبح الحيوان والانتفاع بلحمه ، ولا أثر لتضرره بذلك لتعديه ، (وإن كان) الحيوان الذي خيط جرحه محترماً (غير مأكول رد) الغاصب (قيمة الخيط) لأن حرمة الحيوان آكد كما سبق ، (وإن مات الحيوان) الذي خيط جرحه بالخيط المغصوب (لزمه) أي الغاصب (رده) أي الخيط لربه ، لزوال حرمة الحيوان بموته ، (إلا أن يكون آدمياً معصوماً فيرد القيمة) أي قيمة الخيط ، لأن حرمة الآدمي ميتاً كحرمته حياً ، (وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة ، فحكمها حكم الخيط) الذي خاط به جرحها على ما سبق تفصيله ، (ولو ابتلعت شاته) أي شاة إنسان (ونحوها) أي الشاة من كل ما يؤكل (جوهرة آخر غير مغصوبة وتوقف إخراجها أي الجوهرة (على ذبحها) أي الشاة ونحوها (ذبحت بقيد كون الذبح أقل ضرراً) من الضرر الحاصل بتركها ، (قاله الموفق وغيره . وقال الحارثي : واختار الأصحاب عدم القيد) لكون الذبح أقل ضرراً على ما مر في مثله ، (وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص الذبح) لأنه لتخليص ماله ، (إلا أن يفرط مالك الشاة بكون يده عليه ، فلا شي له) مما نقصه الذبح (لتفريطه ، ولو أدخلت البهيمة رأسها في قدر ونحوه ولم يمكن إخراجه) أي الراس (إلا بذبحها وهي) أي البهيمة (مأكولة ، فقال الأكثرون) منهم القاضي وابن عقيل : (إن كان) دخول رأسها (لا بتفريط من أحد كسر القدر) لرد ما حصل فيه بغير عدوان لربه ، (ووجب الأرش على مالك البهيمة) لأنه لتخليص ماله ، (وإن كان) دخول رأسها (بتفريط مالكها بأن أدخل رأسها بيده) في نحو القدر (أو كانت يده عليها) حال الدخول (ونحوه ، ذبحت غير ضمان) على رب الإناء ، لأن التفريط من جهته ، فهو أولى بالضرر ممن لم يفرط ، (وإن كانت) الفعلة (بتفريط مالك القدر ، بأن أدخله بيده ، أو ألقاها) أي القدر (في الطريق ، كسرت) القدر أو نحوها ، (ولا أرش) لها على رب الشاة

ونحوها ،. لأن المفرط أولى بالضرر . وقال الموفق والشارح : يعتبر أقل الضررين ، فإن كان الكسر هو الأقل تعين وإلا ذبح ، والعكس كذلك ، ثم قال : من أيهما كان التفريط ، فالضمان عليه ، وإن لم يحصل تفريط من واحد منهما فالضمان على صاحب البهيمة إن كسر القدر ، وإن ذبحت البهيمة فالضمان على صاحب القدر ، (ولو قال من عليه الضمان : أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر، كان له ذلك) لأنه رضي بإضرار نفسه ، (وإن كانت) البهيمة التي أدخلت رأسها في نحو القدر (غير مأكولة كسرت القدر ، ولا تقتل البهيمة بحال ، ولو اتفقا على القتل لم يمكنا) منه ، لأنه ﷺ « نَهى عَنْ ذَبْحِ الحَيَوَانِ لِغَيْرِ مَأكَلَةٍ » ، ويحرم ترك الحال على ما هو عليه ، لما فيه من تعذيب الحيوان ، (ومن وقع في) نحو (محبرته دينار ونحوه) كجوهرة لغيره (بتفريط صاحبها) أي المحبرة ، (فلم يخرج) الدينار منها (كسرت مجاناً) أي ولا شيء على رب الدينار لرب المحبرة ، لأنه المفرط (وإن لم يفرط) رب المحبرة (خير رب الدينار) فرط ، أو لم يفرط (بين تركه فيها) إلى أن تنكسر (وبين كسرها وعليه قيمتها) لأنه لتخليص ماله ، (فإن بذل ربها بدله وجب قبوله) ولم يجز له كسرها ، لأنه بذل له ما لا يتفاوت به حقه ، دفعاً للضرر عنه ، فلزمه قبوله لما فيه من الجمع بين الحقين ، (فإن بادر) رب الدينار (فكسر) المحبرة (عدواناً ، لم يلزمه أكثر من قيمتها) كسائر المتلفات، (وإن كان السقوط لا بفعل أحد، بأن سقط من مكان أو ألقاه طائر أو هر ، وجب الكسر ، وعلى رب الدينار الأرش) أي أرش ما نقص بالكسر ، لأنه لتخليص ماله ، (فإن كانت المحبرة ثمينة) أي غالية الثمن ، (وامتنع رب الدينار من ضمانها) في مقابلة الدينار ، فيقال له : إن شئت أن تأخذ) دينارك (فاغرم) أرش كسرها ، (وإلا) تشاء أن تأخذه ، (فاترك) الدينار حتى تنكسر ، (ولا شيء لك) بدله ، (ولو غصب) إنسان (الدينار) أو نحوه (فألقاه في محبرة آخر) أو نحوها من كل إناء ضيق الرأس ، (أو سقط) الدينار (فيها) أي المحبرة (بغير فعله) أي الغاصب (تعين الكسر) لرد عين المال المغصوب من غير إضاعة مال ، (وعلى الغاصب ضمانها إلا أن يزيد ضرر الكسر على التبقية فيسقط) الكسر ، (ويجب على الغاصب ضمان الدنيار) فيعطى رب الدينار بدله ولا تكسر ، لأن في كسرها إذن إضاعة للمال وهي منهي عنها ، ولو بادر رب الدينار وكسرها لم يلزمه إلا قيمتها وجهاً واحداً ، قاله في الإنصاف وغيره.



(فصل في حكم نماء المغصوب) [(١)]

وإن زاد المغصوب بيد الغاصب أو غيره (لزمه رده بزيادته ، متصلة كانت ، كالسمن وتعلم صنعة ، أو منفصلة كالولد) من بهيمة ، وكذا من أمة إلا أن يكون جاهلاً ، فهو حر ، ويفديه بقيمته يوم الولادة ويأتي ، (والكسب) لأنه من نماء المغصوب ، وهو لمالكه ، فلزمه رده كالأصل ، (ولو غصب جارحاً) فصاد به (أو قوساً) أو سهماً ، قاله في المغني، (فصاد) الغاصب أو غيره (به، أو) غصب (شبكة، أو شركاً)، أو فخاً ونحوه ، (فأمسك) الشرك أو الشبكة (شيئاً ، أو) غصب (فرساً فصاد عليه أو غنم ، فهو لمالكه) أي فالصيد في الكل وغنم الفرس لمالك الجارح، والقوس، والشبكة والشرك، والفرس ، لأن ذلك كله بسبب ملكه ، فكان له كما لو غصب عبداً فصاد ، (ولا أجرة له) أي لا يلزم الغاصب أجرة للجارح، أو القوس، أو الشبكة، أو الشرك، أو الفرس (مدة اصطياده) وغزو الفرس ، لأن منافع المغصوب في هذه المدة عادت إلى المالك ، فلم يستحق عوضها على غيره ، كما لو زرع الغاصب الأرض المغصوبة فأخذ المالك الزرع بنفقته ، وكذا لو غصب عبداً فصاد أو كسب ، فهو لسيده ، ولا أجرة للعبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده ، لما تقدم ، وإن غصب كلباً وصاد به ، ففي التلخيص هو للغاصب ، (وإن غصب منجلاً فقطع) الغاصب غيره (به خشباً أو حشيشاً ، فهو) أي الخشب أو الحشيش (للغاصب) لحصول الفعل منه (كالحبل) المغصوب (يربط به) الغاصب ما يجمعه من حطب ونحوه ، وكما لو غصب سيفاً فقاتل به وغنم ، (وإن غصب ثوباً فقصره) الغاصب بنفسه أو بأجرة ، (أو) غصب (غزلاً فنسجه ، أو) غصب (فضة، أو حديداً فضربه أبراً ، أو أواني ، أو غيره ، أو) غصب (خشباً فنجره باباً أو نحوه) كرفوف ، (أو) غصب (شاة فذبحها وشواها) لزمه رد ذلك وأرش نقصه ، ولا شيء له في نظير عمله ، لتعديه ، (وذبحه) أي الغصب (إياه) أي الشاة (لا يحرمها ، بمعنى أنها ليس) هو أي الشان أن الشاة (صارت كالميتة) لأنها مذكاة ممن فيه أهلية الذكاة ، (لكن لا يجوز) للغاصب ولا غيره (أكلها ولا التصرف فيها إلا بإذن مالكها) كسائر الأموال ، (ويأتي في القطع في السرقة، أو) غصب (طيناً فضربه لبناً) أو آجراً (أو فخاراً ، أو) غصب (حباً فطحنه) أو دقيقاً فعجنه وخبزه ونحوه (رد ذلك) إلى مالكه ، لأنه عين ماله ، ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه ، فكذا يملك غيره (بزيادته) إن زاد (وأرش نقصه) إن نقص ، لكونه حصل بفعله ، ولا فرق بين نقص العين ، أو القيمة ، أو هما ، (ولا شيء له)

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في حكم النسخ ، وإنما وضع للبيان .

أي للغاصب بعمله المؤدي إلى الزيادة ، لأنه تبرع في ملك غيره ، فلم يستحق لذلك عوضاً ، كما لو غلى زيتاً فزادت قيمته (لكن إن أمكن الرد إلى الحالة الأولى ، كحلي ودراهم ونحوهما) من أواني من حديد ونحوه وسكاكين ونعال ، (فللمالك إجباره) أي الغاصب (على الإعادة) إلى الحالة الأولى ، لأن عمل الغاصب في المغصوب محرم ، فملك المالك إزالته مع الإمكان ، وظاهر كلامهم هنا : وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، لكن مقتضى ما تقدم : إنما يملك إجباره إذا كان فيه غرض صحيح ، وجزم به الحارثي .

(وما لا يمكن) رده إلى حالته الأولى (كالأبواب والفخار ونحوهما) كالآجر والشاة إذا ذبحها وشواها والحب طحنه ، (فليس للغاصب إفساده ولا للمالك إجباره عليه) لأنه إضاعة مال بغير منفعة ، (وتقدم بعضه ، وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً أو شق) فيها (نهراً أو نحوه) كقناة ودولاب ، (فلربها إلزامه بطمها) أي البئر ونحوها (إن كان) الطم (لغرض صحيح) لعدوانه بالحفر ، ولأنه يضر بالأرض ، (وإن أراد الغاصب طمها فإن كان) الطم (لغرض صحيح كإسقاط ضمان ما يقع فيها) أي البئر (أو يكون) الغاصب (قد نقل ترابها إلى ملكه ، أو) إلى (ملك غيره ، أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه - فله) أي الغاصب (طمها) بترابها حيث بقي ، فلو فات بسيل أو ريح ونحوه ، فله الطم بغيره من جنسه ، لا برمل أو كناسة ونحوها ، ذكره الحارثي (من غير إذن ربها) تخلصاً من ذلك الضرر ، (وإن لم يكن له) أي الغاصب (غرض) صحيح في الطم (مثل أن يكون) الغاصب (قد وضع التراب في أرض مالكها ، أو) وضعه (في موات وأبرأه) المالك (من ضمان ما يتلف بها) أي البئر ونحوها ، (وتصح البراءة منه) قال في المغني والشرح : لأن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي ، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فيزول الضمان ، وليس هذا إبراء مما لم يجب ، وإنما هو إسقاط للتعدي برضاه به (أو منعه) المالك (منه) أي الطم (لم يملك) الغاصب (طمها) في هذه الصور ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه لغير غرض صحيح ، ومنعه من الطم رضا بالحفر ، فيكون بمنزلة إبرائه من ضمان ما يتلف بها ، (ولو كشط) الغاصب (تراب الأرض) المغصوبة ، (فطالبه المالك برده وفرشه ، لزمه) أي الغاصب (ذلك) أي الرد والفرش . وظاهره : وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، وهو أحد وجهين أطلقهما في المبدع وغيره .

(وإن أراده) أي فرش التراب كما كان (الغاصب وأباه المالك ، فله) أي الغاصب (فعله لغرض صحيح ، مثل إن كان) الغاصب (نقله إلى ملك نفسه فيرده لينتفع بالمكان ، أو) كان الغاصب (طرحه في ملك غيره ، أو في طريق يحتاج إلى تفريغه)

أي ملك غيره أو الطريق ، (وإن كان) الغاصب أراد فرش التراب الذي كشطه (لا لغرض صحيح ، فلا) يمكن منه بلا إذن المالك ، لأن فيه تصرفاً في ملك الغير بغير إذنه لغير حاجة ، (وإن غصب حباً فزرعه ، أو) غصب (بيضاً فصار) البيض (فراخاً أو) غصب (نوى) فغرسه (فصار غرساً ، أو) غصب (غصناً) فغرسه ، (فصار شجراً ، رده) الغاصب لمالكه لأنه عين مالي مالكه ، (ولا شيء له) أي للغاصب في عمله ، لأنه تبرع به ، (وإن نقص) المغصوب ، (ولو) كان نقصه (بنبات لحية عبد أمرد ، أو) كان نقصه بـ (ذهاب رائحة مسك ، أو قطع ذنب حمار ونحوه) كبغل وفرس (ضمن) الغاصب (نقصه) الحاصل قبل رده ، لأنه ضمان مال من غيره جناية، فكان الواجب ما نقص ، إذا القصد بالضمان : جبر حق المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه ، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، كغير الحيوان ، ولا يضمن الغاصب ربحاً فات بحبس مالي تجارة عن مالكه مدة يمكن أن يربح فيها ، لأنه لا وجود له .

(ونص) الإمام (أحمد في طيرة جاءت إلى قوم فازدوجت عندهم وفرخت : أن الفراخ تبع للأم ، ويرد على أصحاب الطيرة فراخها) كولد الأمة والبهيمة . قال في المبدع : ويرجع على ربها بما أنفقه إن نوى الرجوع به ، وإلا فلا . انتهى ، هو واضح إن تعذر استئذانه كما تقدم ، (وإن غصب شاة) أو بقرة ، أو بدنة ونحوها ، (وأنزى عليها فحله فالولد لمالك الأم) كولد الأمة ، (ولا أجرة للفحل) لعدم إذن ربها ، ولأنه لا تصح إجارته لذلك .

قلت : وكذا لو غصب نخلة وحصل منها ودى فإنه لمالكها ، لأن من نمائها ككسب العبد وولد الأمة ، (وإن غصب فحل غيره فأنزاه على شاته فالولد له) أي للغاصب (تبعاً للأم ، ولا يلزمه أجرة الفحل) لأنه لا تصح إجارته لذلك ، (لكن إن نقص) الفحل بالإنزاء أو غيره (لزمه) أي الغاصب (أرش نقصه) لتعديه .

★ ★ ★

(فصل في حكم نقص المغصوب)[1]

وإن نقص المغصوب بيد الغاصب أو غيره (لزمه) أي الغاصب (ضمانه) أي النقص (بقيمته) أي النقص ، فيقوم صحيحاً وناقصاً ، ويغرم الغاصب ما بينهما ، لأنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص ، إذ القصد بالضمان جبر حق

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ وإنما وضع للبيان .

المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه ، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، (ولو) كان ما نقص (رقيقاً أو بعضه) بأن عمى ، أو خرس ونحوه ، أو ذهبت يده ، أو رجله ونحوهما بنحو أكلة .

و(لا) يضمن ما ذهب من الرقيق (بمقدر من الحر كيده) فلا يجب فيهما نصف القيمة ، ولا تجب القيمة في ذهاب نحو بصره أيضاً (إذا لم يجن) -بالبناء للمفعول- (عليه) أي الرقيق ، (وإن جنى عليه) أي الرقيق المغصوب من الغاصب أو غيره (ضمنه) أي ضمن الغاصب الذاهب بالجناية (بأكثر الأمرين) من أرش نقص قيمة المجني عليه ، أو دية المقطوع ، لأن سبب كل واحد منهما وجد ، فوجب أكثرهما ، ودخل الآخر فيه ، فإن الجناية واليد وجدا فيه جميعاً ، فلو غصب عبداً قيمته ألفاً فزادت قيمته عنده إلى ألفين ، ثم قطع يده ، فصار يساوي ألفاً وخمسمائة كان عليه مع رده ألف وإن كان القاطع ليده غير الغاصب ، وقد نقصت قيمته مائتين قبل ، وصار بعد القطع يساوي أربعمائة ، كان على الجاني أربعمائة ، لأن جنايته مضمونة بنصف القيمة وهي حين القطع ثمانمائة ، وعلى الغاصب مائتان ، لأنها نقصت من قيمة العبد في يده ، وللمالك تضمين الغاصب ما عليه وعلى الجاني ، لأن ما وجد في يده في حكم الموجود منه ، (ويرجع غاصب غرم) الجميع لمالك (على جان بأرش جناية فقط) لاستقرار ضمانه عليه ، لأنه أرش جنايته ، فلا يجب عليه أكثر منه ، وللمالك تضمين الجاني أرش الجناية ، ولا يرجع به على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ، ويضمن الغاصب ما بقي من النقص ، ولا يرجع به على أحد ، (فإن خصاه) أي خصى الغاصب أو غيره العبد المغصوب ، (ولو زادت قيمته) بالخصاء (أو قطع) الغاصب أو غيره (منه) أي المغصوب (ما تجب فيه دية كاملة من الحر) كأنفه، أو ذكره، أو يديه (لزمه رده ورد قيمته ، ولا يملكه الجاني) لأن المتلف البعض ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك ، كقطع خصيتي ذكر مدبر ، ولأن المضمون هو المفوت ، فلا يزول الملك عن غيره ، بضمانه كما لو قطع تسع أصابع .

(وإن كان) المغصوب (دابة) ونقصت بجناية أو غيرها (ضمن) الغاصب (ما نقص من قيمتها ، ولو) كان النقص (بتلف إحدى عينيها) أي الدابة ، فيغرم أرش نقصها فقط ، لأنه الذي فوته على المالك ، وما روى زيد بن ثابت أن النبي ﷺ « قَضَى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ قِيمَتِهَا » ، وروى عن عمر ، قال في المبدع : لا نعرف صحته ، بدليل احتجاج أحمد بقول عمر دونه ، مع أن قول عمر محمول على أن ذلك كان قدر نقصها ، ولو كان تقدير الواجب في العين نصف الدية ، كعين الآدمي ، (وإن نقصت

قيمة العين) المغصوبة (بتغير السعر) بأن نزل السعر لذهاب نحو موسم (لم يضمن) الغاصب ما نزل السعر ، (سواء ردت العين أو تلفت) لأن المغصوب لم تنقص عينه ولا صفته ، فلم يلزمه شيء سوى رد المغصوب أو بدله ، والفائت إنما هو رغبات الناس، ولا تقابل بشيء ، (وإن نقصت) قيمة المغصوب (لمرض ثم عادت) القيمة (ببرئه) رده ، ولا شيء عليه (أو ابيضت عينه) أي المغصوب من عبد أو أمة، (ثم زال بياضها ونحوه) بأن نسي صنعة ، فنقصت قيمته ثم تعلمها (رده) الغاصب ، (ولم يلزمه شيء) لأن القيمة لم تنقص ، فلم يلزمه شيء ، (وإن استرده المالك معيباً مع الأرض ، ثم زال العيب في يد مالكه) أي المغصوب (لم يجب) على مالكه (رد الأرش لاستقراره) أي الأرش (بأخذ العين ناقصة) عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمته (وكذا لو أخذ) المالك (المغصوب) بعد تعيبه (بغير أرش ثم زال) العيب (في يده) أي المالك (لم يسقط الأرش) لاستقراره بالرد ، بخلاف ما لو برئ قبل رده ، (وإن زادت) قيمة المغصوب (لمعنى في المغصوب من كبر وسمن وهزال) عن سمن مفرط ، (وتعلم صنعة ونحو ذلك) كزوال عجمة وتعلم علم ، (ثم نقصت) القيمة بزوال ذلك (ضمن) الغاصب (الزيادة) لأنها زادت على ملك مالكها ، فلزم الغاصب ضمانها ، كما لو كانت موجودة حال الغصب ، وفارق زيادة السعر ، لأنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها ، والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ، ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين ، (وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن) غصب عبداً ، فـ (سمن فزادت قيمته ثم نقصت) قيمته (بزوال ذلك) السمن ، (ثم سمن فعادت) قيمته كما كانت (لم يضمن) الغاصب (ما نقص) أو لا ، ثم عاد ، لأن ما ذهب من الزيادة عاد وهو بيده . أشبه ما لو مرضت فنقصت قيمتها ثم برئت فعادت القيمة ، وكذا لو نسي صنعة ثم تعلمها أو بدلها فعادت قيمته كما كانت ، لم يضمن شيئاً ، (وإن كانت) الزيادة الحاصلة (من غير جنسها) أي الزيادة الذاهبة مثل إن غصب عبداً قيمته مائة فتعلم صنعة ، فصار يساوي مائتين ، ثم نسيها فصار يساوي مائة، ثم سمن فصار يساوي مائتين (لم يسقط ضمانها) لأنه لم يعد ما ذهب بخلاف التي قبلها ، (وإن غصب عبداً) أو أمة (مفرطاً في السمن فهزل ، فزادت قيمته) بذلك (أو لم تنقص) ولم تزد (رده) الغاصب ، (ولا شيء عليه) لأن الشرع إنما أوجب في مثل هذا ما نقص من قيمته ولم يقدر بدله ، ولم تنقص قيمته ، فلم يجب عليه شيء غير رده ، (وإن نقص المغصوب) قبل رده (نقصاً غير مستقر) بأن يكون سارياً غير واقف ، (كحنطة ابتلت وعفنت) وطلبها مالكها قبل بلوغها إلى حالة يعلم فيها قدر

أرش نقصها (خير) مالكها (بين أخذ مثلها) من مال غاصب (وبين تركها) بيد غاصب (حتى يستقر فسادها فيأخذها ، و) يأخذ أرش نقصها لأنه لا يجب له المثل ابتداء لوجود عين ماله ، ولا أرش العيب ، لأنه لا يمكن معرفته ولا ضبطه إذن ، وحيث كان كذلك صارت الخيرة إلى المالك ، لأنه إذا رضي بالتأخير سقط حقه من التعجيل ، فيأخذ العين عند استقرار فسادها لأنها ملكه ، ويأخذ من الغاصب أرش نقصها ، لأنه حصل تحت يده العادية ، أشبه تلف جزء من المغصوب ، وقوله : (فإن استقر) النقص قبل رد المغصوب (أخذها) أي الحنطة مالكها ، (و) أخذ (الأرش) لما سبق : ينبغي حمله على ما إذا استقر قبل الطلب ، لئلا يتكرر مع الذي قبله ، (وإن جنى) القن (المغصوب) قبل رده ، (فعلى الغاصب أرش جنايته) لأن جنايته نقص فيه لتعلقها برقبته ، فكان مضموناً على الغاصب ، كسائر نقصه ، سواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ، و(سواء جني) القن المغصوب (على سيده ، أو) على (أجنبي) لأن جنايته على سيده من جملة جناياته ، فكانت مضمونة على الغاصب كالجناية على الأجنبي ، وكذا حكم ما أتلفه القن المغصوب من مال أجنبي أو سيده لما سبق ، ولا يسقط ذلك برد الغاصب له ، لأن السبب وجد في يده ، فلو بيع في الجناية بعد الرد رجع ربه على الغاصب بالقدر المأخوذ منه لاستقراره عليه ، (وجنايته) أي المغصوب (على غاصبه وعلى ماله هدر) لأنها جناية لو كانت على أجنبي لوجب أرشها على الغاصب ، فلو وجب له شيء لوجب على نفسه ، (إلا في قود) لأنه حق تعلق بنفسه لا يمكن تضمينه لغيره ، فاستوفى منه ، (فلو قتل) المغصوب (عبداً لأحدهما) أي للغاصب ، أو غيره من أجنبي، أو سيده (عمداً ، فله) أي سيد المقتول (قتله به ، ثم يرجع السيد بقيمته على الغاصب فيهن) لأنه تلف في يده ، أشبه ما لو مات بيده . (وفي المستوعب من استعان بعبد غيره بلا إذن سيده فحكمه) أي المستعين (حكم الغاصب حال استخدامه) فيضمن جنايته ونقصه ، وجزم به في المبدع ، وكذا في المنتهى في الديات ، (ويضمن) الغاصب (زوائد الغصب ، كالثمرة) إذا تلفت أو نقصت ، (و) كـ (ـالولد إذا ولدته أمه حياً ثم مات ، سواء حملت) به أمه (عنده) أي الغاصب (أو غصبها حاملاً) لأنه مال مغصوب حصل في يده، فيضمنه بالتلف كأصل، (وإن ولدته ميتاً من غير جناية لم يضمنه) إن كان غصبها حاملاً ، لأنه لم تعلم حياته، وإن كانت قد حملت به عنده وولدته ميتاً ، فكذلك عند القاضي وابن عقيل وصاحب التلخيص ، وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وصححه في الإنصاف ، وعند أبي الحسين بن القاضي : يضمنه بقيمته لو كان حياً . وقال الموفق

ومن تبعه : والأولى أن يضمنه بعشر قيمة أمه . قال في تصحيح الفروع عن اختيار الموفق وهو الصواب ، ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين . قال الحارثي : وهو أقيس ، (و) إن ولدته ميتاً (بها) أي بجناية (يضمنه الجاني بعشر قيمة أمه) لما يأتي في الجنايات ، (وكذا ولد بهيمة) مغصوبة حكمه حكم أمه فيما سبق من التفصيل ، لكن إذا ولدته ميتاً بجناية يضمن بما نقص أمه لا بعشر قيمتها ، كما يأتي في الجنايات .

★ ★ ★

(فصل في حكم خلط المغصوب بمتميز)[(١)]

وإن خلط الغاصب المغصوب بماله على وجه يتميز فقد سبق الكلام عليه ، وإن كان (على وجه لا يتميز) المغصوب عن غيره (مثل إن خلط حنطة) بمثلها ، (أو) خلط (دقيقاً) بمثله ، (أو زيتاً) بمثله (أو نقداً بمثله ، لزمه) أي الغاصب (مثله) أي المغصوب (منه) أي المختلط من المغصوب وغيره ، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى بدله في الجميع ، كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه ، (ولا يجوز للغاصب أن يتصرف في قدر ماله منه) بدون إذن المغصوب منه ، لأنها قسمة فلا تجوز بغير رضا الشريكين ، (ولا) يجوز أيضاً للغاصب (إخراج قدر الحرام منه) أي المختلط (بدون إذن المغصوب منه ، لأنه اشتراك) فلا يقاسم نفسه (لا استهلاك) وأنكر الإمام قول من قال : يخرج منه قدر ما خالطه ، هذا إن عرف ربه وإلا تصدق به عن ربه ، وما بقي حلال ، وإن عبر الحرام الثلث . قال أحمد في الذي يعامل بالربا : يأخذ رأس ماله ويرد الفضل إن عرف ربه وإلا تصدق به ، ولا يؤكل عنده شيء . وإن شك في قدر الحرام تصدق بما يعلم أنه أكثر منه ، نص عليه ، (وإن خلطه) أي المغصوب (بدونه) من جنسه ، (أو) خلطه (بخير منه) من جنسه ، (أو) خلطه (بغير جنسه) مما له قيمة ، (ولو بمغصوب مثله لآخر) كان الخلط (على وجه لا يتميز) كزيت بشيرج (فهما) أي مالكا المخلوطين (شريكان بقدر قيمتهما ، فيباع الجميع ويدفع إلى كل واحد قدر حقه ، كاختلاطهما من غير غصب) لأنه إذا فعل ذلك وصل كل منهما إلى حقه ، فإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ، فعلى الغاصب ضمان النقص ، لأنه حصل بفعله ، وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت بماء ، فإن أمكن تخليصه خلصه ورده ونقصه ، وإلا أو كان يفسده فعليه مثله ، (وإن اختلط درهم) لإنسان (بدرهمين لآخر من غير غصب فتلف) درهمان (اثنان فما بقي) وهو درهم فهو (بينهما نصفين) لأنه يحتمل أن يكون التالف الدرهمين ، فيختص صاحب الدرهم به . ويحتمل

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ . وإنما وضع للبيان .

أن يكون التالف درهماً لهذا ودرهماً لهذا ، فيختص صاحب الدرهمين بالباقي فتساويا ، لا يحتمل غير ذلك ، ومال كل واحد منهما متميز قطعاً ، بخلاف المسائل المتقدمة ، غايته : أنه أبهم علينا ذكره في الإنصاف ، وقال في تصحيح الفروع . قلت : ويحتمل القرعة وهو أولى ، لأنا متحققون أن الدرهم لواحد منهما يشركه فيه غيره ، وقد اشتبه علينا فأخرجناه بالقرعة ، كما في نظائره ، وهو كثير ، ولم أره لأحد من الأصحاب ، فمن الله به فله الحمد ، (وإن خلطه) أي المغصوب (بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ) المغصوب منه (أكثر من حقه أو أقل) منه (جاز) لأن بدله من غير جنسه ، فلا تحرم الزيادة بينهما ؛ بخلاف ما لو خلطه بجيد أو رديء ، واتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء، أو دون حقه من الجيد ، لم يجز لأنه ربا ، وإن كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء، أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز ، لأنه لا مقابل للزيادة ، (وإن غصب ثوباً فصبغه) الغاصب (بصبغه ، أو) غصب (سويقاً فلته) الغاصب (بزيته ، فنقصت قيمتهما) أي قيمة الثوب والصبغ أو قيمة الزيت والسويق ، (أو) نقصت (قيمة أحدهما ، ضمن الغاصب النقص) لأنه حصل بتعديه فضمنه ، كما لو أتلف بعضه ، وإن كان النقص بسبب تغير الأسعار لم يضمنه ، (وإن لم تنقص) قيمتهما (ولم تزد أو زادت قيمتهما فهما) أي رب الثوب والصبغ، أو رب السويق والزيت (شريكان) في الثوب وصبغه، أو السويق وزيته (بقدر ملكيهما) فيباع ذلك ويوزع الثمن على قدر القيمتين ، وكذا لو غصب زيتاً فجعله صابوناً ، (وإن زادت قيمة أحدهما) من ثوب، أو صبغ، أو سويق، أو زيت، (فالزيادة لصاحبه) يختص بها، لأن الزيادة تبع للأصل ، هذا إذا كانت الزياد لغلو سعر ، فإن حصلت الزيادة بالعمل فهي بينهما ، لأن ما عمله الغاصب في العين المغصوبة لمالكها حيث كان أثراً ، وزيادة مال الغاصب له ، قاله في شرح المنتهى ، (وإن أراد أحدهما) أي مالك الثوب أو الغاصب (قلع الصبغ) من الثوب (لم يجبر الآخر عليه) لأن فيه إتلافاً لملكه ، (وإن أراد المالك) للثوب (بيع الثوب فله ذلك) لأنه ملكه وهو عين ، وصبغه باق للغاصب (ولو أبى الغاصب) بيع الثوب فلا يمنع منه مالكه ، لأنه لا حجر له عليه في ملكه ، (وإن أراد الغاصب بيعه) أي الثوب المصبوغ (لم يجبر المالك) لحديث : « إنّما البَيْعَ عَنْ تَرَاضٍ » [(1)] ، وإن بذل الغاصب لرب الثوب قيمته ليملكه ؛ أو بذل رب الثوب قيمة

---

(١) الحديث ذكره الشارح بمعناه وهو من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند: ١٨٣/٣ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع والإجارات ، باب في خيار المتبايعين ، الحديث (٣٤٥٦) والترمذي في السنن : ٣/ ٤٤٠ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (١٢٤٧) ، وقال : « حديث حسن » ، والنسائي في المجتبي من السنن : ٧/ ٢٥١ - ٢٥٢، كتاب البيوع ، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما .

الصبغ للغاصب ليملكه ، لم يجبر الآخر لأنها معاوضة لا تجوز إلا بتراضيهما ، وصحح الحارثي أن لمالك الثوب تملك الصبغ بقيمته ، ليتخلص من الضرر ، (وإن وهب) الغاصب (الصبغ للمالك) للثوب (أو) غصب داراً وزوقها ثم وهب (تزويق الدار ونحوهما) للمالك (لزمه) أي المالك (قبوله) لأنه صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه ، (كنسج غزل ، وقصر ثوب ، وعمل حديد إبراً ، أو سيوفاً ونحوهما) كسكاكين ونعالات وأواني .

و(لا) يلزم المالك إذا غصب منه خشباً وجعله باباً ثم وهبه المسامير قبوله (هبة مسامير سمر بها باباً مغصوباً) لأنها أعيان متميزة ، أشبهت الغراس ، (وإن غصب صبغاً فصبغ به) الغاصب (ثوبه ، أو) غصب (زيتاً فلت به) الغاصب (سويقه ، فهما شريكان بقدر حقيهما) في ذلك ، فيباعان ويوزع الثمن على قدر الحقين ، لأنه بذلك يصل كل منهما لحقه .

(ويضمن) الغاصب (النقص) إن وجد لحصوله بفعله ، ولا شيء له إن زاد المغصوب في نظير عمله لتبرعه به ، (وإن غصب ثوباً وصبغاً) من واحد (فصبغه به رده) الغاصب ، (و) رد (أرش نقصه) إن نقص لتعديه به ، (ولا شيء له في زيادته) بعمله فيه ، لأنه متبرع به وإن كانا من اثنين اشتركا في الأصل والزيادة بالقيمة، وما نقص من أحدهما غرمه الغاصب ، وإن نقص السعر لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب ، ونقص كل واحد منها من صاحبه ، وإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر ، وكذا لو غصب سويقاً من واحد وزيتاً من آخر ولته به ، أو نشا وعسلاً من اثنين وعقده حلوى ، (وإنقاء الثوب الدنس بالصابون) من الغاصب ، (وإن أورث نقصاً) في الثوب (ضمنه الغاصب) لحصوله بفعله ، (وإن زاد) الثوب ، (فـ) ـالزيادة (للمالك) ولا شيء للغاصب في عمله لتبرعه ، (ولو غصبه) أي الثوب (نجساً لم يملك) الغاصب (تطهيره بغير إذن) ربه كسائر التصرفات، (وليس للمالك) للثوب (تكليفه) أي الغاصب (به) أي بتطهيره لأن نجاسته لم تحصل بيده ، (وإن كان) الثوب حين الغصب (طاهراً فنجس عنده) أي الغاصب (لم يكن له) أي الغاصب (أيضاً تطهيره بغير إذن) ربه لما سبق ، (وله) أي المالك (إلزامه) أي الغاصب (به) أي بتطهيره لأنه تنجس تحت يده العادية ، (وما نقص) من قيمة الثوب بسبب الغسل ، (فعليه) أي الغاصب (أرشه) لأنه نقص حصل في يده . (ولو رده) أي رد الغاصب الثوب (نجساً فمؤنة تطهيره على الغاصب) لأنه كالنقص الحاصل في يده .

(فصل في حكم وطيء الجارية المغصوبة)[1]

وإن وطئ الغاصب الجارية المغصوبة (مع العلم بالتحريم) أي تحريم الوطء ، (فعليه) أي الغاصب (الحد) أي حد الزنا ، لأنها ليست زوجة له ، ولا ملك يمين ، ولا شبهة تدرأ الحد ، (وكذا هي) أي الجارية يلزمها الحد (إن طاوعت) على الزنا ، (وكانت من أهل الحد) بأن كانت مكلفة غير جاهلة بالتحريم ، (وعليه) أي الغاصب بوطئها (مهر مثلها) بكراً إن كانت بكراً كما صرح به الحارثي ، وإلا فثيباً .

(ولو) كانت (مطاوعة) لأنه حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت في قطع يدها ، (و) على الغاصب أيضاً (أرش البكارة) التي أزالها ، لأنه جزء منها ، ولأن كلا من المهر والأرش يضمن منفرداً ، بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها ، ولو افتضها بإصبعه وجب أرش بكارتها ، فلذلك يجب أن يضمنها إذا اجتمعا ، ويأتي في النكاح أن أرش بكارة الحرة يندرج في مهرها ، (و) على الغاصب (ردها) أي الجارية (إلى سيدها) لما تقدم أول الباب .

(وإن ولدت) الجارية من غاصب عالم بالحال ، (فالولد رقيق للسيد) تبعاً لأمه ، لأنه من نمائها ، (ويضمن الغاصب نقص الولادة) لحصوله بتعديه ، (ولا ينجبر) نقص الولادة (بزيادة الولد) كما لا ينجبر به نقص غير الولادة ، (وإن تلفت) الجارية (فعليه) أي الغاصب (قيمتها ، وإن ردها) أي رد الغاصب الجارية حاملاً (فماتت في يد المالك بسبب الولادة ، وجب ضمانها) على الغاصب ، لأنه أثر فعله ، كما لو استرد الحيوان المغصوب وقد جرحه الغاصب ، فسرى الجرح إلى النفس عند المالك ، فمات (وتقدم) قريباً (إذا ولدته ميتاً) فلا ضمان إن لم يكن بجناية ، ويضمنه سقطاً بعشر قيمة أمه ، (وإن كان) الغاصب (جاهلاً بالتحريم ، ومثله يجهله) لقرب عهده بالإسلام ، أو كونه نشأ ببادية بعيدة يخفي عليه مثل هذا ، وكذا جاهل الحال ، بأن اشتبهت عليه بأمته ، أو زوجته في نحو ظلمة ، أو اشتراها من الغاصب يظنها أمته ، أو تزوجها منه على أنها حرة ونحوه ، (فلا حد عليه) أي الواطيء للشبهة ، (وعليه المهر وأرش البكارة) ونقص الولادة ، لأن ذلك إتلاف ، يستوي فيه الجاهل والعالم ، (والولد حر) لاعتقاد الواطيء الإباحة (نسبه لا حق للغاصب) للشبهة ، وكذا لو كان من غير الغاصب جاهلاً ، وقوله : (إن انفصل حياً وعليه فداؤه بقيمته يوم انفصاله) فيه تقديم وتأخير ، أي وعليه فداء الولد بقيمته يوم ولادته إن انفصل حياً ، فيفديه

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ .

الواطئ للسيد ، لأنه حال بينه وبين السيد ثبوت رقه باعتقاده ، وإنما اعتبرت قيمته يوم الولادة ، لأنه أول حال إمكان تقويمه ، لأنه لا يمكن تقويمه حملاً ، ولأنه وقت الحيلولة بينه وبين سيده ، (وإن انفصل) المحكوم بحريته (ميتاً من غير جناية ، فغير مضمون) لأنه لم تعلم حياته قبل ذلك ، (و) إن انفصل ميتاً (بجناية فعلى الجاني الضمان) لأن الإتلاف وجد منه ، (فإن كانت) الجناية (من الغاصب ، فـ) عليه (غرة) عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل (موروثة عنه) أي عن الجنين ، لأنه كأنه ولد حياً ، لأنه أتلف جنيناً حراً ، و(لا يرث الغاصب منها) أي الغرة (شيئاً) لو كان الولد منه ، لأنه قاتل له ، (وعليه) أي الغاصب (للسيد عشر قيمة الأم) فيضمنه له ضمان المماليك، ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكاً . وقد فوت رقه على سيده ، (وإن كانت) الجناية (من غير الغاصب ، فعليه) أي الجاني (الغرة يرثها الغاصب) لأنه أبو الجنين (دون أمه) لأنها رقيقة ، (وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك ، (لأنه يضمنه ضمان المماليك ، لكونه قد فوت رقه على السيد ، (وإن قتلها) الغاصب (بوطئه أو ماتت) الأمة (بغيره فعليه) أي الغاصب (قيمتها) أي الأمة ، وتقدم (أكثر ما كانت) هكذا في المغني ، والمبدع . قال الحارثي : وهذا محمول على أن الكثرة كانت في مقابلة الأوصاف ؛ لا لارتفاع الأسعار ، كما صار إليه في مثله ، وإلا فهو بعينه مذهب الشافعي ، مثاله : كانت القيمة ألفاً فنقصت بالافتضاض مائة ، ثم بالولادة مائة ، ثم ماتت وقيمتها ثمانمائة ، فالواجب ألف لا ثمانمائة ، لأن الأوصاف مضمونة كالأعيان ووقع التضمين على هذا الاعتبار بأكثر ما كانت ، ولو نقصت القيمة لانخفاض السعر قبل الافتضاض ، أو قبل الولادة ، أو قبل الموت ، فعلى المذهب : الواجب ما استقر عليه الحال يوم تلف الوصف ، أو تلف العين ، وعلى قول القائلين بأقصى القيم يكون الواجب ألفاً . انتهى .

والمذهب : أنه يضمن المغصوب بقيمته يوم التلف نقله الجماعة عن أحمد .

(و) على ما نذكره (يدخل في ذلك) أي في قيمتها أكثر ما كانت (أرش بكارتها ونقص ولادتها) لأنها تقوم بكراً لا نقص بها ، وعلى المذهب من أنها تقوم يوم التلف لا يدخل ذلك ، بل يضم إلى قيمتها ، (ولا يدخل فيه) أي في قيمتها أكثر ما كانت (ضمان ولدها) لو مات ، (ولا مهر مثلها) بل يضم ذلك إلى القيمة على كلا القولين، ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى غير المالك لها ، فالمنتقلة إليه بمنزلة الغاصب في كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة لأنه إن كان عالماً بالحال كان غاصباً ، وإن كان جاهلاً فلعموم قوله ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » [1] ،

---

(١) سبق تخريجه .

ولأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق ، فملك المالك تضمينه ، كما يملك تضمين الغاصب ، لكن إنما يستقر عليه ما دخل ضمانه من عين ، أو منفعة ، وما عداه فعلى الغاصب إن لم يعلم ، إذا تقرر ذلك فالأيدي المترتبة على يد الغاصب عشرة تأتي مفصلة، فمن غصب أمة بكراً فباعها ، أو وهبها لإنسان ، أو زوجها له ونحوه ، واستولدها ثم ماتت عنده ، أو غصب داراً ، أو بستاناً ، أو عبداً ذا صناعة ، أو بهيمة ، ثم باع ذلك أو وهبه ونحوه ممن استغله إلى أن تلف عنده ، ثم حضر المالك ، فله تضمين أيهما شاء ، وقد أشار إلى ذلك بقوله : (وإن باعها) أي الجارية (أو وهبها ونحوهما) بأن جعلها صداقاً ، أو عوضاً في خلع ، أو طلاق ، أو عن قرض ونحو ذلك (من كل قابض منه) أي من الغاصب تملكاً بعوض أو غيره (لعالم بالغصب فوطئها) القابض وأولدها ، (فللمالك تضمين أيهما شاء) أي الغاصب ، أو القابض (نقصها) أي الجارية (ومهرها وأُجرتها ، وأرش بكارتها ، وقيمة ولدها إن تلف) ولدها ، (فإن ضمن) المالك (الغاصب) ذلك (رجع) الغاصب (على الآخر) وهو القابض منه بما ضمنه له المالك (لحصول التلف في يده) العادية ، حيث علم بالغصب، (وإن ضمن) المالك (الآخر) أي القابض من الغاصب العالم بالحال جميع ذلك (لم يرجع) القابض بما غرمه (على أحد) لاستقرار ذلك عليه ، لدخوله على بصيرة ، (والنقص والأجرة قبل البيع والهبة) ونحوهما (على الغاصب) فليس للمالك تضمينهما للقابض ، لأنهما لم يذهبا تحت يده (وإن لم يعلما) أي المشتري والمتهب (بالغصب فهما كالغاصب في جواز تضمينهما العين والمنفعة) من حين القبض لما تقدم (لكنهما يرجعان على الغاصب بما لم يلتزما ضمانه) أي بما لا يقتضي العقد ضمانه ، من عين أو منفعة ، وكذا سائر الأيدي المترتبة على يد الغاصب ، فعقد البيع يقتضي أن المبيع مضمون على المشتري بالثمن ، حتى لو تلف فات مجاناً ، بخلاف المنافع ، فإنها تثبت للمشتري تبعاً للعين ، لأن الخراج بالضمان ، وعقد الإجارة يقتضي أن المنفعة مضمونة على المستأجر دون العين ، فإن المستأجر إنما أعطى الأجرة في مقابلة المنفعة خاصة ، فهي مضمونة عليه بالأجرة والعين معه أمانة لم يلتزم ضمانها ، والوديعة والهبة تقتضي عدم ضمان العين ، والمنفعة والعارية تقتضي ضمان العين دون المنفعة ، وهكذا تقول في كل عقد بحسبه ، إذا علمت ذلك .

فالأولى والثانية من الأيدي المترتبة على يد الغاصب يد المشتري ، والمستعير وإليهما أشار بقوله : (فإن ضمن) المالك (المشتري) العين والمنفعة ، (أو) ضمن (المستعير) العين والمنفعة (رجعا) أي المشتري والمستعير على الغاصب (بقيمة المنفعة) إذ هي غير

مضمونة عليهما (دون العين) فإنها تستقر عليهما لدخولهما في العقد على ضمانها . الثالثة : يد المستأجر ، وإليه الإشارة بقوله : (المستأجر) إن جهل الغصب (عكسهما) يستقر عليه ضمان المنفعة دون العين ، لأنه دخل على ضمان المنفعة دون العين ، فإن ضمن المالك الغاصب العين والمنفعة رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة ؛ وإن ضمنهما المستأجر رجع على الغاصب بقيمة العين .

الرابعة والخامسة : المملك بلا عوض والقابض بعد أمانة . وقد ذكرهما بقوله : (وإن ضمن) المالك (المودع) ولم يكن فرط (أو المتهب) ومثله المهدي إليه والمتصدق عليه: العين والمنفعة (رجعا) أي المودع والمتهب (بهما) على الغاصب ، حيث لم يعلما لتغريره لهما ، ولأنهما لم يدخلا على ضمان شيء ، ومثل المودع الوكيل والمرتهن ، وما تقدم في الرهن من أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ، ثم بان المبيع مستحقاً لم يلزمهما شيء أي من الثمن ، لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل دون الوكيل ، وليس معناه أن المستحق للعين لا يطالب الوكيل بها كما نبه عليه ابن رجب ، (وإن ضمن) المالك (الغاصب رجع) الغاصب (على الآخر بما لم يرجع به) القابض (عليه لو ضمنه) المالك ابتداء ، ففي مسئلتي الوديعة والهبة إذا ضمن الغاصب لا يرجع على المتهب ، ولا على الوديع بشيء ، لأنهما لم يدخلا على ضمان شيء وإن كانا عالمين استقر عليهما الضمان ، والموصي له بالمنافع كالمتهب ، (ويسترد المشتري والمستأجر من الغاصب ما دفعا إليه من المسمى) في البيع والإجارة (بكل حال) أي سواء جهلا أو علماً بالغصب لانتفاء صحة العقد فيهما ، لأن البائع المؤجر ليس مالكاً ولا مأذونه ، فلا يملك الثمن ولا الأجرة بالعقد الفاسد ، وظاهره : ولو أقرا بالملك للغاصب ، وهو مقتضى ما يأتي في الدعاوي ، ومفهوم المنتهى : إن أقرا بالملك له لا رجوع لهما ، مؤاخذة لهما بمقتضى إقرارهما .

قال ابن رجب في القواعد : لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ، ولو أقر بصحة البيع ، ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي ، وقد يخرج كذلك في الإقرار بالملك حيث علم أنه مستند اليد ، وقد بان عدوانها . انتهى .

ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة ، قال ابن رجب : قياس المذهب : أن له ذلك كما نص عليه أحمد في المتجر في الوديعة من غير إذن : إن الربح للمالك ، (وإن ولدت) المغصوبة (من مشتر أو) ولدت من (متهب ، فالولد حر) ، حيث لم يعلما الحال للغرر ، (ويفديه) أبوه (بقيمته يوم وضعه) لما تقدم ،

(ويرجع) الغارم (بالفداء على الغاصب) لأنه غره ، ولأنه لم يدخل على ضمانه ، (وإن تلفت) الجارية (عند مشتر) جاهل بالحال ، (فعليه قيمتها ، ولا يرجع بها ولا بأرش بكارة) على الغاصب ، لأنه دخل على ضمان العين ، لأنه بذل الثمن في مقابلتها (بل) يرجع المشتري الجاهل بالحال على الغاصب (بثمن) أخذه الغاصب منه ، (و) بـ (ـمهر ، وأجرة نفع ، وثمرة) بستان ، (وكسب) قن (وقيمة ولد كما تقدم) لأنه دخل على أن ذلك غير مضمون عليه ، (و) كذا (نقص ولادة ومنفعة فائتة) إذا غرمهما المشتري رجع بهما على الغاصب ، كما تقدم ، (وتقدم حكم غير المشتري من كل قابض من الغاصب بما يرجع) الغاصب (به على القابض منه) إذا غرمه المالك وما يرجع به القابض على الغاصب إن ضمنه المالك ، فإن قلت : أين تقدم ذلك ؟ قلت : في قوله : لكنهما يرجعان على الغاصب بما لم يلتزما ضمانه ، لأن معناه أن المشتري والمتهب ونحوهما من كل قابض إذا غرمهما المالك يرجعان على الغاصب بما لا يقتضي العقد أنه مضمون عليهما ، وعلم منه : أنه يستقر عليهما ما اقتضى العقد أنه مضمون عليهما ، كما تقدم ، (وإن ردها) أي الجارية المشتري (حاملاً ، فماتت من الوضع فهي مضمونة على الواطيء) لأنها تلفت بسبب وطئه ، وقد دخل على ضمانها ، فإن كان موهوباً وغرم القيمة رجع بها على الغاصب لأنه غرم .

السادسة : يد المتزوج للأمة المغصوبة إذا تزوجها وولدت عنده وماتت ، وقد ذكرها بقوله : (وإن ولدت من زوج غير عالم) بالغصب ، (فالولد رقيق) تبعاً لأمه إن لم يشترط حريته ، أو يغر بحريتها (يجب) على الزوج (رده على المالك إن كان الولد حياً) كأمه ، (وإن تلف) الولد ، (ففيه القيمة للمالك) كما تقدم (يأخذها) المالك، (ممن شاء من الغاصب أو الزوج ، فإن ضمن الزوج رجع على الغاصب) لأنه غره ، (وإن ضمن الغاصب لم يرجع عليه) أي الزوج لاستقرار ذلك على الغاصب ، (وإن ماتت) الجارية (في حال الزوج ، فقري الضمان على الغاصب) لأن مقتضى عقد النكاح عدم ضمانها على الزوج ، (فإن استخدمها الزوج وغرم) للمالك (الأجرة لم يرجع بها على الغاصب) لأن عقد النكاح لا يقتضي استخدام الزوج للزوجة ، لأن المعقود عليه فيه منفعة البضع فقط ، فلا تغرير ، (وإن أعارها) أي أعار الغاصب العين المغصوبة ، (فتلفت ضمن مستعير غير عالم العين) لأنه مقتضى عقد العارية دون المنفعة، (و) غرم (غاصب الأجرة) لأنه المستعير دخل على أنها غير مضمونة عليه ، وكذا الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال المعروف ، (وإلا) بأن كان المستعير عالماً بالغصب (ضمنها) أي العين والمنفعة (المستعير ، كما تقدم) لأنه لا تغرير .

السابعة : يد المتصرف في المال بما ينميه ، كالمضارب ، والشريك ، والمساقي ، والمزارع إذا تلف ذلك بيد العامل ونحوه ، فإن ضمنه المالك رجع على الغاصب بقيمة وأجرة عمل ، لأنهم دخلوا على أن لا ضمان عليهم إلا حصتهم من الربح والثمر ونحوه، فيستقر عليهم ضمانها ، وإن ضمن الغاصب رجع بما قبض عامل لنفسه من ربح، وثمر ، وزرع بقسمته معه ، لأنه لا يستحق ما قبضه من ذلك لفساد العقد ، وللعامل على الغاصب أجر مثله لأنه غره .

الثامنة : يد القابض تعويضاً بغير عقد البيع ، بأن يجعل المغصوب عوضاً في نكاح ، أو خلع ، أو طلاق ، أو عتق ، أو صلح ، أو إيفاء دين ونحوه ، فإن غرم قابض ونحوه رجع بقيمة منفعة ، وإن غرم غاصب رجع بقيمة عين والدين بحاله .

التاسعة : يد المتلف للمغصوب نيابة عن الغاصب كالذابح للحيوان والطابخ له ، وهذا يرجع بما ضمنه له المالك على الغاصب إن لم يعلم بالحال ، لوقوع الفعل للغاصب فهو كالمباشر له ، لكن إن أتلفه على وجه محرم ، كأن قتل العبد ، أو أحرق المال المغصوب عالماً تحريمه ، ففي التلخيص : يستقر عليه الضمان لعلمه بالتحريم ، ورجح الحارثي دخوله في قسم المغرور لعدم علمه بالضمان .

العاشرة : يد الغاصب من الغاصب . فالقرار على الثاني مطلقاً ولا يطالبه بما زاد على مدته ، وهذا كله يعلم مما ذكره بالتأمل ، ومتى وجدت زيادة بيد أحدهما كسمن وتعلم صنعة ثم زالت ، فإن كانت في يد الثاني فكما لو كانت بأيديهما ، وإن كانت بيد الأول اختص بضمان تلك الزيادة ، وأما الأصل فعلى ما سبق .

(وإذا اشترى) إنسان (أرضاً فغرسها ، أو بني فيها فخرجت) الأرض (مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه) بسبب ذلك من ثمن أقبضه ، وأجرة غارس ، وبانٍ وثمن مؤن مستهلكة ، وأرش نقص بقلع ونحو ذلك ، وأجرة دار، لأن البائع غر المشتري ببيعه إياها وأوهمه أنها ملكه ، وكان سبباً في غراسه وبنائه وانتفاعه ، فرجع عليه بما غرمه .

و(لا) يرجع المشتري (بما أنفق على العبد والحيوان ولا بخراج الأرض) إذا اشترى أرضاً خراجية وغرم خراجها ثم ظهرت مستحقة ، فلا يرجع المشتري بذلك على البائع ، (لأنه) أي المشتري (دخل في الشراء ملتزماً ضمان ذلك،) لأن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه .

قلت : وقياس ذلك أن الزوج لا يرجع على الغاصب بما أنفقه على الزوجة إذا

خرجت مغصوبة ، كما أنه لا يرجع على الحرة في النكاح الفاسد ، وبيع الخراجية كما تقدم غير صحيح ، فالمراد هنا إذا حكم به من يراه أو المراد به النزول عنها لمن يقوم مقامه في الانتفاع ووزن الخراج كما يأتي في إحياء الموات .

(وإن أطعم) الغاصب (المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على الآكل) لأنه المباشر ولا غرر ، (وإن لم يعلم) الآكل بالغصب ، (فـ) قرار الضمان (على الغاصب) لأنه غر الآكل ، (ولو لم يقل) الغاصب (كله ، فإنه طعامي) لأن الظاهر أن الإنسان إنما يتصرف فيما يملكه .

(وإن أطعمه) أي أطعم الغاصب المغصوب (لمالكه ، أو) أطعمه لـ (عبده) أي المالك ، (أو دابته ، فأكله) المالك (عالماً أنه له) وكذا لو أكله عبده أو دابته بيده ، (ولو بلا إذنه) أي المالك (بريء الغاصب) لأن المالك أتلف ماله عالماً من غير تغرير، فلم يكن له رجوع به على أحد ، (وإن لم يعلم) المالك أنه طعامه لم يبرأ الغاصب ، لأنه لم يعده إلى تصرفه التام وسلطانه المطلق ، إذ لا يتمكن من بيعه ، ولا هبته ، ولا إطعامه غيره ، (أو أخذه) أي أخذ المالك المال المغصوب من غاصبه (بقرض، أو شراء أو هبة ، أو هدية ، أو صدقة ، أو إباحة) الغاصب (له) أي للمالك ولم يعلم ، لم يبرأ (أو رهنه) الغاصب (عنده) أي مالكه (أو أودعه إياه ، أو أجره ، أو استأجره على قصارته وخياطته ، لم يبرأ) الغاصب ، (إلا أن يعلم) المالك أنه ماله المغصوب منه ، لأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطنته ، وبالإطعام والهبة ، أو الإيداع أو نحوه لم يعد ، إلا أنه إنما تسلمه على وجه الأمانة ، أو ثبوت بدله في ذمته ، أو تحمله منته ، وربما كافأه في الهبة ، لكن القياس أن الغاصب يبرأ إذا أخذه المالك قرضاً ، أو شراء من العين ، لأن مالكها دخل على أنها مضمونة عليه ، وقد قالوا : لا شيء له ، لما يستقر عليه لو كان أجنبياً ، كما في العارية وجزم به في المغني ، لكن المنصوص ما ذكر المصنف كما قال الحارثي ، لأنه سلمه إليه على بذل العوض ، فلم يرد إليه على ما كان، وقد أشبعت الكلام في ذلك في حاشية المنتهى .

« تنبيه » : قياس المذهب أن الغاصب يبرأ من المنفعة فيما إذا أجره لمالكه لدخوله على ضمانها ، كما أشار إليه المجد في شرحه ، (وإن أعاره) أي أعار الغاصب المالك (إياه) أي المغصوب (بريء) الغاصب (علم) المالك أنه ماله ، (أو لم يعلم) ذلك ، لأنه دخل على أنه مضمون عليه ، لكن له الرجوع بأجرة منفعته على الغاصب ، لأنه دخل على أن المنفعة غير مضمونة عليه ، كما يشير إليه كلام المجد في شرحه ، وإن صدر ما تقدم من مالك الغاصب، بأن وهبه المغصوب، أو أودعه إياه ونحوه بريء الغاصب، كما

لو زوجه المغصوبة ، ومن أخذ منه ما اشتراه ببينة بالملك المطلق رد بائعه ما أخذ ، (ومن اشترى عبداً) أو أمة (فأعتقه فادعى رجل أن البائع غصبه) أي القن (منه فصدقه أحدهما) أي البائع أو المشتري (لم يقبل) تصديقه (على الآخر) المنكر ، لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ، (وإن صدقاه) أي البائع والمشتري (مع العبد) لم يبطل العتق (لأنه حق الله تعالى ، بدليل أنه لو شهد به شاهدان وأنكره العبد لم يقبل منه ، وكذا إن صدقاه دون العبد كان حراً ، لأنه تعلق به حق لغيرهما ، (ويستقر الضمان على المشتري) لأن التلف حصل في يده ، وللمالك تضمين من شاء منهما قيمته يوم العتق، فإن ضمن البائع رجع على المشتري لما ذكرنا وإن ضمن المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن ، قاله في المبدع وغيره .

(فلو مات العبد وخلف مالاً فهو) أي المال (للمدعي) لاتفاقهم على أنه له (إلا أن يخلف) القن (وارثاً) فالمال له ، للحكم بحريته ، (وليس عليه) أي القن (ولاء) لأن أحداً لا يدعيه ، (وإن أقام المدعي بينة بما ادعاه) من أن البائع غصبه منه ، (بطل البيع) لأنه ليس من مالك ولا مأذون ، (و) بطل (العتق) لترتبه على البيع الباطل ، (ويرجع المشتري على البائع بالثمن) لبطلان البيع ، (وإن كان المشتري لم يعتقه) وادعى إنسان أن البائع غصبه منه ، (وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع) أي تبيناً عدم انعقاده ، لأنه ليس من مالك ولا مأذونه ، (ورجع المشتري على البائع بالثمن) لبطلان البيع ، (وكذلك إن أقرا) أي البائع والمشتري (بذلك) أي بأن البائع غصبه من المدعي فيبطل البيع ويرجع المشتري على البائع بما قبضه من الثمن ، لأن الحق لا يعدوهما ، بخلاف ما إذا أعتقه ، (وإن أقر أحدهما) بما ادعاه المدعي من غصب القن ، (لم يقبل) إقراره (على الآخر) لأنه تعلق به حق لغيره ، (فإن كان المقر) هو (البائع لزمته القيمة للمدعي) لأنه حال بينه وبين ملكه بغير حق ، (ويقر العبد في يد المشتري) لأنه ملكه في الظاهر ، (وللبائع إحلافه) أنه لا يعلم صحة إقراره ، فإن نكل قضى عليه بالنكول ، (ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن ، فليس له مطالبة المشتري) به لإقراره بما يسقطه ، (وإن كان) البائع ، (قد قبضه) أي الثمن ، (فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ، ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ) للبيع ، (أو غيره) من إرث، أو هبة، أو شراء ونحوها (لزمه) أي البائع (رده) أي العبد (إلى مدعيه) لاعترافه له بالملك ، (وله استرجاع ما أخذ منه) في نظير الحيلولة لزوالها ، (وإن كان إقرار البائع) بأنه غصبه منه (في مدة الخيار انفسخ البيع لأنه يملك فسخه) ، فقبل إقراره بما يفسخه، وسواء كان خيار مجلس، أو خيار شرط لهما، أو للبائع وحده، لا للمشتري

وحده ، (وإن كان المقر) بأن البائع غصبه هو (المشتري وحده لزمه رد العبد) للمدعي لإقراره بالملك ، (ولم يقبل إقراره على البائع ولا يملك) المشتري (الرجوع عليه) أي البائع (بالثمن إن كان) البائع (قبضه ، وعليه) أي المشتري (دفعه) أي الثمن (إليه إن لم يكن) البائع (قبضه) لأنه ملكه في الظاهر ، (وإن أقام المشتري بينة ما أقر به) من غصب البائع للعبد (قبلت) بينته لعدم ما ينافيها ، (وله الرجوع بالثمن على البائع حينئذ لتبين بطلان البيع ، (وإن كان البائع) هو (المقر) بأنه غصبه من المدعي ، (وأقام بينة) بما أقر به ، (فإن كان) البائع (في حال البيع قال : بعتك عبدي هذا ، أو) قال : بعتك (ملكي لم تقبل بينته) أي للبائع ، (لأنه يكذبها) بقوله عبدي هذا أو ملكي ، (وإلا) يقل ذلك ، بأن قال مثلاً : بعتك هذا العبد (قبلت) بينته ، لأنه قد يبيع ملكه وغيره ، (وإن أقام المدعي البينة سمعت) بينته وبطل البيع ، وكذا العتق إن كان كما تقدم ، (ولا تقبل شهادة البائع له) أي للمدعي بأنه غصبه منه ، لأنه يجربها إلى نفسه نفعاً ، (وإن أنكراه) أي أنكر البائع والمشتري مدعي العبد (جميعاً، فله إحلافهما) لحديث : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي واليمين عليّ مَنْ أَنْكَرَ » [1] .

« تتمة » : قال أحمد في رجل يجد سرقته عند إنسان بعينها قال : هو ملكه ، يأخذه. أذهب إلى حديث سمرة عن النبي ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقٌّ بِهِ ، وَيَتْبَعُ الْمُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ » [2] رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة .

★ ★ ★

(فصل في تلف المغصوب)

وإن تلف المغصوب بأن كان حيواناً فمات ، أو متاعاً فاحترق ونحوه، وشمل كلامه:

---

(١) الحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٦٢٦، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي ، الحديث (١٣٤١) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٤/ ٢١٨ ، كتاب الأقضية ، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ، الحديث (٥٣) ، واللفظ لهما ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ١/ ٢٥٦ ، كتاب الدعوى ، باب المتداعيين يتداعيان .

(٢) حديث سمرة رضي الله عنه أخرجه أحمد في مسنده ، وله شاهد من حديث أبي خَلْدَة الزُّرقي، أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ٢/ ١٦٣ ، كتاب التفليس ، الحديث (٥٦٤) ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الرجل يفلس ، الحديث (٣٥٢٣) ، وابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٩٠ كتاب الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، الحديث (٢٣٦٠) ، وابن الجارود في المنتقى (ص٢١٤) ، أبواب القضاء في البيوع ، الحديث (٦٣٤) ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ٥٠ - ٥١ ، كتاب البيوع ، باب أيما رجل مات أو أفلس ، وقال : « صحيح الإسناد » ، وأقره الذهبي .

لو غصبه مريضاً فمات في يده في ذلك المرض ضمنه كما جزم به الحارثي ، واقتصر عليه في الإنصاف ، (أو أتلفه الغاصب ، أو) أتلفه (غيره) بأن قتل الحيوان المغصوب، أو أحرق المتاع المغصوب ، (ولو) كان إتلاف غير الغاصب للمغصوب (بلا غصب) بأن أتلفه بيد الغاصب، أو بعد أن انتقل إلى يده بشيء مما تقدم من نحو بيع، أو هبة، أو عارية، أو وديعة (ضمنه) الغاصب أو من تلف بيده (بمثله إن كان) المغصوب (مكيلاً أو موزوناً) لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه (تماثلت أجزاؤه ، أو تباينت كالأثمان، ولو نقرة أو سبيكة ، و) كـ (الحبوب) من بر، وشعير، وأرز، ودخن، وذرة، وعدس، وباقلاء ونحوها ، (و) كـ (الأدهان) من سمن وشيرج وزيت ، وكذا سائر المائعات والثمار التي تجب فيها الزكاة ، كتمر، وزبيب، وبندق، ولوز، ونحوها ، وتقدم بيان المكيلات والموزونات في الربا مفصلة ، فيضمن ذلك بمثله (إذا كان) حين التلف (باقياً على أصله) أي حاله حين الغصب . قال أحمد في رواية حرب : ما كان من الدراهم والدنانير أو ما يكال، أو ما يوزن فعليه مثله . انتهى ، لأن المثل أقرب إلى المنضبط من القيمة لكونه مماثلاً له من طريق الصورة والمشاهدة ، والمعنى بخلاف القيمة ، فإنها مماثلة من طريق الظن والاجتهاد ، فقدم ما طريقه المشاهدة كالنص ، فإنه لما كان طريقه الإدراك بالسماع كان أولى من القياس لأن طريقه الاجتهاد ، (فإن تغيرت صفته) أي المغصوب (كرطب صار) وقت التلف (تمراً ، أو سمسم صار) بعد الغصب (شيرجاً ضمنه) -بتشديد الميم- (المالك) للغاصب ونحوه (بمثل أيهما أحب) لثبوت ملكه على كل واحد من المثلين ، فإن شاء ضمنه رطباً وسمسماً ، اعتباراً بحال الغصب ، أو تمراً وشيرجاً اعتباراً بحالة التلف (والدراهم المغشوشة الرائجة مثلية) لتماثلها عرفاً ، ولأن إخلاطها غير مقصودة ، كذا الفلوس ، وتقدم في القرض .

« تنبيه » : ينبغي أن يستثني من ضمان المثلي بمثله : الماء في المفازة ، فإنه يضمن بقيمته في البرية ذكره في المبدع ، وجزم به الحارثي .

قلت : ويؤيده ما قالوه في التيمم : وييمم رب ماء مات لعطش رفيقه ، ويغرم قيمته مكانه لورثته ، (وإن أعوز المثل) قال في المبدع : في البلد أو حوله ، (لعدم، أو بعد، أو غلاء ، فعليه) أي الغاصب ونحوه (قيمة مثله) أي المغصوب المثلي ، لأنها أحد البدلين ، فوجب عند تعذر أصله كالآخر (يوم أعوازه) أي المثل لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل ، فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم (في بلده) أي الغصب ، لأنه مكان الوجوب ، (فلو قدر) الغاصب ونحوه (على المثل) بعد تعذره (قبل أداء القيمة لا بعده لزمه المثل) لأنه الأصل ، وقد قدر عليه قبل أداء البدل ، حتى ولو كان

ذلك بعد الحكم عليه بأداء القيمة كالمأمور بالتيمم عند ضيق الوقت ، وفقد الماء إذا قدر عليه قبل انقضاء الصلاة ، (و) إن قدر على المثل بعد أداء القيمة (لم يرد القيمة) ليأخذ المثل ، لأنه استقر البدل ، كمن وجد الماء بعد الصلاة ، (فإن كان) الموزون (مصوغاً مباحاً) أي فيه صناعة مباحة (كمعمول ذهب وفضة) من أساور وخلاخيل ودمالج ونحوها ، (و) كمعمول (نحاس ورصاص، ومغزول صوف وشعر ونحوه) كمغزول قطن وكتان ، (أو) كان (تبراً تخالف قيمته وزنه بزيادة أو نقص) ضمن بقيمته ، لأن الصناعة تؤثر في القيمة ، وهي مختلفة ، والقيمة فيه حصر ، وكذا ما لا يصح السلم فيه من جوهر ونحوه ، (فإن كان) المصوغ (من) أحد (النقدين) قوم بالآخر لئلا يؤدي إلى الربا فيقوم حلى الذهب بالفضة، وحلى الفضة بالذهب ، (أو) كان المغصوب (محلى بأحدهما) أي النقدين (قومه بغير جنس) فيقوم المحلي بذهب بالفضة والمحلي بفضة بالذهب فراراً من الربا ، (وإن كان) المغصوب (محلى بهما) أي بالنقدين معاً (قومه بما شاء منهما للحاجة) إلى التقويم بأحدهما ، لأنهما قيم للمتلفات ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فكانت الخيرة في ذلك إلى من يخبر التقويم ، (وأعطاه) أي أعطى الغاصب ونحوه مالك المحلي بهما (بقيمته عرضاً) لأن أخذها من أحد النقدين يفضي إلى الربا ، وكذا لو كان مصوغاً منهما ، (وإن كان) المغصوب (محرم الصناعة كأواني ذهب، وفضة، وحلي محرم) كسرج وركاب (ضمنه) الغاصب ونحوه (بوزنه فقط) لأن الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعاً ، (وفي الانتصار والمفردات : لو حكم حاكم بغير المثل في المثلى وبغير القيمة في المتقوم ، لم ينفذ حكمه ولم يلزم قبوله) ، واقتصر عليه في المبدع وغيره ، (وإن لم يكن) المغصوب (مثلياً) كالثوب، والعبد، والدابة، وتلف أو أتلفه الغاصب أو غيره (ضمنه بقيمته) لقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قَوَّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ العَدْلِ » [1] متفق عليه ، فأمر بالتقويم في حصة الشريك ، لأنها متلفة بالعتق ، ولم يأمر بالمثل ، لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها ، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها ، فكانت أولى ، فإن كان زرعاً أخضر قوم على رجاء السلامة وخوف العطب كالمريض والجاني وتعتبر القيمة (يوم تلفه في بلد غصبه) لأن ذلك زمن الضمان وموضعه (من نقده) أي نقد بلد الغصب ، لأنه موضع الضمان ، (فإن كان به نقود فمن غالبها) لأنه الذي ينصرف إليه اللفظ عند

---

(١) الحديث من رواية عبد الله بن عمر أخرجه البخاري في كتاب العتق ، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان ، باب من أعتق شريكاً له في عبد ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٠٨٢) .

الإطلاق ، كما لو باع بدينار مطلق ، (وكذا متلف بلا غصب ومقبوض بعقد فاسد) إذا تلف أو تلف ، (وما أجرى مجراه) أي مجرى المقبوض بعقد فاسد في الضمان (مما لم يدخل في ملكه) أي القابض كالمقبوض على وجه السوم ، فإن كانت مثلية ضمن بمثلها أو متقومة فبقيمتها ، لكن لو اشترى ثمرة شجرة شراء فاسداً وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمنه بذلك ، لعدم ثبوت يده عليه ، ذكره بعضه أصحابنا محل وفاق ، قاله ابن رجب في القواعد ، (فإن دخل) التالف (في ملكه) أي ملك متلفه (بأن أخذ معلوماً بكيل، أو وزن، أو) أخذ (حوائج لن يقال ونحوه) كجزار وزيات (في أيام) ولم يقطع سعرها (ثم يحاسبه بعد) ذلك ، (فإن يعطيه بسعر يوم أخذه ، لأنه ثبتت قيمته) في ذمته (يوم أخذه) لتراضيهما على ذلك ، ولا يرد المثل ، ومقتضى قولهم : فإن دخل في ملكه أن العقد في ذلك صحيح وإلا لما ترتب عليه الملك ، ولذلك أخذ منه الشيخ تقي الدين صحة البيع بثمن المثل ، وعلى هذا يدخل في ملكه ، وهذا العقد جار مجرى الفاسد ، لكونه لم يعين فيه الثمن لكنه صحيح ، إقامة للعرف مقام النطق ، وهذا وإن كان مخالفاً لما تقدم من أن البيع لا يصح إلا مع معرفة الثمن أولى من القول بأنه فاسد يترتب عليه الملك ، لأن الفاسد لا يترتب عليه أثر ، بل يدعي أن الثمن في هذه معلوم بحكم العرف فيقوم مقام التصريح به ، (ولا قصاص في المال مثل شق ثوبه ونحوه) بلى الضمان بالبدل، أو الأرش على ما تقدم تفصيله ، (ولو غصب جماعة مشاعاً) بين جماعة كعقار (فرد واحد منهم) أي الغاصبين (سهم واحد) من المالكين (إليه لم يجز له) أي لم يطلب له الانفراد بالمردود عليه ، (حتى يعطى شركاءه) أي إلى أن يرد إلى شركائه مثل ما رد إليه ، لأن نصيبه شائع ، فلا يختص بالمردود ، (وكذا لو صالحوه عنه بمال) نقله حرب ، أي فلا يطيب له الانفراد به . وقال في الفروع: ويتوجه أنه بيع المشاع . انتهى . أي فيصح ويطيب له المال .

قلت : وهو ظاهر ، ولعل رواية حرب جرت فيما إذا صالحوه عن سهم معين ، وكذا لو كان الغاصب لحصصهم واحداً ، ويصح غصب المشاع ، فلو كانت أرض أو دار لاثنين في يدهما ، فنزل الغاصب في الأرض أو الدار ، فأخرج أحدهما وبقي الآخر معه على ما كان مع المخرج ، فإنه لا يكون غاصباً إلا نصيب المخرج ، حتى لو استغلا الملك وانتفعا به لم يلزم الباقي منهما لشريكه المخرج شيء ، قاله المجد في شرحه .

(ولو تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه) بذلك (كزوجي خف ومصراعي باب تلف أحدهما، فعليه) أي الغاصب (رد الباقي، وقيمة التالف، وأرش النقص) فإذا كانت قيمتهما مجتمعين ستة دراهم ، فصارت قيمة الباقي منهما درهمين رده وأربعة دراهم ،

درهمان قيمة التالف ودرهمان أرش النقص ، لأنه حصل بجنايته بخلاف نقص السعر ، لأنه لم يذهب به من المغصوب عين ولا معنى ، وها هنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به ، (وإن غصب ثوباً قيمته عشرة فلبسه) الغاصب أو غيره ، (فأبلاه فنقص) الثوب (نصف قيمته) وكذا لو نقص ذلك بغير استعمال ، (ثم غلت الثياب فعادت قيمته) أي الثوب المغصوب إلى عشرة ، (كما كانت) قبل البلى (رده) الغاصب ، (و) رد (أرش نقصه) لأن ما تلف قبل غلاء الثوب يثبت قيمته في الذمة ، فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصة ، (وإن رخصت الثياب فعادت قيمته إلى ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة) أرش النقص (مع رد الثوب) لمالكه لما تقدم ، (وإن غصب عبداً فأبق ، أو) غصب (فرساً فشرد أو) غصب (شيئاً فتعذر رده مع بقائه ضمن) الغاصب (قيمته) للحيلولة ، (فإذا أخذها المغصوب منه ملكها) بقبضها فيصح تصرفه فيها كسائر أملاكه من أجل الحيلولة لا على سبيل العوض ، (و) لهذا (لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة) لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع لعدم القدرة على تسليمه ، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين كالتالف . قال في التلخيص : ولا يجبر المالك على أخذها ، ولا يصح الإبراء منها، ولا يتعلق الحق بالبدل، فلا ينتقل إلى الذمة، وإنما يثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر ، فتوقف على خيرته ، (ولا) يملك الغاصب أيضاً (إكسابها) أي العين المغصوبة لأنه فرع ملكها ، (ولا يعتق) العبد الآبق (عليه) أي الغاصب ببذل قيمته للمالك (إن كان) الآبق (قريبه) أي الغاصب لأنه لم يملكه ، (فإن قدر) الغاصب (عليه) أي المغصوب (بعد) عجزه عن (رده ، رده) لمالكه (بنمائه المتصل والمنفصل) لأنه تابع للأصل ، (وأخذ) الغاصب (القيمة بزوائدها المتصلة فقط) من سمن ونحوه، لأنه إنما وجب دفعها من أجل الحيلولة وقد زالت ، ولا يرد المنفصلة بلا نزاع ، قاله في الإنصاف .

قال المجد : وعندي أن هذا لا يتصور لأن الشجر أو الحيوان لا يكون أبداً نفس القيمة الواجبة ، بل بدل عنها ، وإذا رجع المغصوب رد القيمة لا بد لها ولا ثمراته ، كمن باع سلعة بدراهم ثم أخذ عنها ذهباً أو سلعة ثم رد المبيع بالعيب ، فإنه يرجع بدراهم لا ببدلها . انتهى .

قال في شرح المنتهى : وهو كما قال . قلت : وفيه شيء ، لأن من باع بدراهم قد استقرت بذمته فيتأتى التعويض عنها ، وهنا لم تثبت القيمة بذمته كما تقدم عن صاحب التلخيص ، فافترقا (إن كانت) القيمة (باقية ، وإلا) بأن لم تكن باقية أخذ (بدلها) وهو مثلها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن كانت متقومة ، (وليس للغاصب حبس العين)

المغصوبة إذا عادت إليه بعد أداء قيمتها للحيلولة (لاسترداد القيمة كمن اشترى شراء فاسداً) وقبض المبيع وسلم الثمن ، فإنه (ليس له حبس المبيع على رد الثمن ، بل يدفعان) أي المغصوب وقيمته، أو المبيع بيعاً فاسداً وثمنه (إلى عدل) ينصبه الحاكم (يسلم إلى كل واحد ماله) قطعاً للنزاع كما تقدم في البيع ، (وإن غصب عصيراً فتخمر) عنده ، (فعليه) أي الغاصب (مثله) أما ضمانه ، فلأنه صار في حكم التالف لذهاب ماليته بتخمره ، وأما كونه بالمثل فلأنه مثلي ، (وإن انقلب) الخمر (خلا رده) الغاصب ، (و) رد (ما نقص من قيمة العصير ، أو) نقص (منه ، بـ) سبب (غليانه) لأنه نقص حصل بيده ، ومن غصب صاعاً من عصير وغلاه حتى ذهب نصفه فلم تنقص قيمته ، فنقل المجد عن القاضي وابن عقيل : لا يضمن شيئاً ، لأن الذاهب منه أجزاء مائي ورطوبات لا قيمة لها ، وقدم في الفروع عليه : مثل نقصه ، وحكاه في الإنصاف عن الأصحاب ، وكما لو كان زيتاً ونحوه .

(وإن غصب أثماناً) لا مؤنة لحملها (فطالبه مالكها بها في بلد آخر) غير بلد الغصب (وجب) على الغاصب (ردها إليه) أي المالك لعدم الضرر ، (وإن كان المغصوب من المتقومات) كالثياب والعبيد وطالب به مالكه في غير بلد الغصب (لزم) الغاصب (دفع قيمته في بلد الغصب) للحيلولة ، (وإن كان) المغصوب (من المثليات) ولحمله مؤنة (وقيمته في البلدين) أي بلد الغصب وبلد الطلب (واحدة أو هي) أي القيمة (أقل في البلد الذي لقيه) المالك وطلبه منه (فيه ، فله) أي المالك (مطالبته بمثله) للحيلولة ، مع أنه لا ضرر عليه ، (وإن كانت) قيمته ببلد الطلب (أكثر) من قيمته ببلد الغصب ، (فليس له) أي المالك (المثل) لما فيه من ضرر الغاصب ، (وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب) لأنه لا ضرر فيها على الغاصب ، (وفي جميع ذلك ذلك متى قدر) الغاصب (على المغصوب ، أو) قدر (على المثل في بلد الغصب رده) للمالك لأنه الواجب ، (وأخذ) الغاصب (القيمة) لأنها إنما وجبت للحيلولة وقد زالت .

★ ★ ★

(فصل فيما لو كان المغصوب تصح إجارته)

وإن كان للمغصوب منفعة تصح إجارتها ، يعني إن كان المغصوب مما يؤجر عادة ، (فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده) سواء (استوفي) الغاصب أو غيره (المنافع أو تركها تذهب) لأن كل ما ضمن بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف في يده ،

كالأعيان وحديث « الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ »[1] وارد في البيع ، فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم ، (وإن ذهب بعض أجزائه) أي المغصوب (في المدة) أي مدة الغصب باستعمال أو لا ، (كخمل المنشفة لزمه) أي الغاصب (مع الأجرة أرش نقصه) لأن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب ، فإذا اجتمعا وجباً والأجرة في مقابلة ما يفوت من المنافع ، لا في مقابلة الأجزاء .

(وإن تلف المغصوب فعليه) أي الغاصب (أجرته إلى) حين (تلفه) لأنه من حين التلف ، لم تبق له منفعة حتى وجب عليه ضمانها (ويقبل قول الغاصب) أو القابض (أنه تلف) لأنه لا يعلم إلا منه ، (فيطالب بالبدل) أي بمثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان متقوماً ، ويقبل قوله أيضاً في وقت التلف بيمينه لتسقط عنه الأجرة من ذلك الوقت، (وما لا تصح إجارته) أي لم تجر العادة بإجارته (كغنم، وشجر، وطير) ونحوه (مما لا منفعة له) تؤجر عادة (لم يلزمه) أي الغاصب (له أجرة) لأن منافعه غير متقومة، ولا يرد عليه صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب لندرة ذلك.

(وإن غصب شيئاً فعجز عن رده) كعبد أبق وجمل شرد ، (فأدى قيمته) للحيلولة (فعليه) أي الغاصب (أجرته إلى وقت أداء القيمة) فقط ، (فإن قدر) الغاصب (عليه) أي المغصوب (بعد) أن كان عجز عنه (لزمه رده) لمالكه (كما تقدم قريباً ، ولا أجرة له) على الغاصب (من حين دفع) الغاصب (بدله إلى رده) لأن المالك بقبض قيمته استحق الانتفاع ببدله الذي هو قيمته ، فلا يستحق الانتفاع به وببدله الذي قام مقامه ، (ومنافع المقبوض بعقد فاسد) يجب الضمان في صحيحه ، كبيع وإجارة ، (كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت) أي يضمنها القابض ، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب لما تقدم، بخلاف عقود الأمانات كالوكالة، والوديعة، والمضاربة ، وعقود التبرعات كالهبة والوصية والصدقة ، فلا ضمان في صحيحها ، ولهذا يرجع من

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في ترتيب المسند : ٢/ ١٤٤ ، كتاب البيوع ، باب فيما نهى عنه من البيوع ، الحديث (٤٨١) ، وأحمد في المسند : ٦/ ٤٩ ، ٨٠ ، ١١٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ، ثم وجد به عيباً ، الأحاديث (٣٥٠٨ - ٣٥١٠) ، والترمذي في السنن ، كتاب البيوع ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ، الحديث (١٢٨٥ ، ١٢٨٦) ، وقال : « حسن صحيح » ، والنسائي في المجتبى من السنن : ٧/ ٢٥٤ - ٢٥٥ ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، وابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٥٤ ، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ، الحديث (٢٢٤٣) ، وصححه ابن حبان ، أورده الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٧٥) ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، الحديث (١١٢٦) ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ١٥ ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، وأقره الذهبي .

غرم بسبب ذلك شيئاً على الغاصب بما غرمه ، (ولو كان العبد المغصوب ذا صنائع لزمه) أي الغاصب (أجرة أعلاها) صنعة (فقط) لأنه لا يمكن الانتفاع به في صنعتين معاً في آن واحد ، ولأن غاية ما يحصل لسيده به من النفع أن يستعمله في أعلى ما يحسنه من الصنائع .

(وتقدم أول الباب : لو حبس حراً أو استعمله كرهاً) فله أجرة مثله ، ولو كان ذا صنائع وجب له أجرة أعلاها .

★ ★ ★

فصل

وتصرفات الغاصب الحكمية ، وكذا غير الغاصب ، (وهي) أي التصرفات الحكمية (ما لها حكم من صحة أو فساد) أي ما توصف تارة بالصحة ، وتارة بالفساد (كالحج من المال المغصوب، وسائر العبادات) التي تتعلق بالمغصوب إذا فعلها عالماً ذاكراً ، كما تقدم في الصلاة ، كالصلاة بثوب مغصوب ، أو في مكان مغصوب ، والوضوء من ماء مغصوب ، وإخراج زكاته ، بخلاف عبادة لا يحتاج إليها كالصوم والذكر والاعتقاد ، (والعقود كالبيع والإجارة) للمغصوب (والإنكاح ، كأن أنكح) الغاصب أو غيره (الأمة المغصوبة ونحوها) أي نحو المذكورات كالعتق والهبة والوقف (تحرم ، ولا تصح) خبر قوله : وتصرفات الغاصب ، لحديث : « مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَد » (١) أي مردود .

(وتحرم) التصرفات (غير الحكمية) في المغصوب (كإتلاف) المغصوب ، (واستعمالـ) ـه (كأكل) المغصوب ، (ولبسـ) ـه (ونحوهما) كركوبه وحمل عليه وسكنى العقار ، لحديث : « إنَّ أَموَالَكُمْ وَأَعْرَاضكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ » (٢) .

(وإن اتجر) الغاصب (بعين المال) المغصوب بأن كان دنانير أو دراهم فاتجر بها ، (أو) اتجر بثـ (ـمن عين المغصوب) بأن غصب عبداً فباعه واتجر بثمنه وحصل ربح ، (فالربح والسلع المشتراة للمالك) نقله الجماعة ، واحتج بخبر عروة بن الجعد ، وسواء قلنا بصحة الشراء أو بطلانه ، وهذه المسألة مشكلة جداً على قواعد المذهب ، لأن تصرفات الغاصب غير صحيحة ، فكيف يملك المالك الربح والسلع ؟ لكن نصوص أحمد

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح (١٣٤٤) ، كتاب الأقضية ، باب بيان خير الشهود ، الحديث (١٧١٩) .

(٢) هذا جزء من حديث طويل متفق عليه ، سبق تخريجه في عدة مواضع من أبواب الحج .

متفقة على أن الربح للمالك ، فخرّج الأصحاب ذلك على وجوه كلها ضعيفة ، فبناه ابن عقيل على صحة تصرف الغاصب وتوقفه على الإجازة ، وتبعه في المغني ، وبناه في التلخيص على أنها صحيحة لا تتوقف على الإجازة ، لأن ضرر الغصب يطول بطول الزمان ، فيشق اعتباره ، وخص ذلك بما طال زمنه وحمله القاضي في بعض كتبه على أن الغاصب اشترى في الذمة ، ثم نقد فيه دراهم الغصب .

وصرح بذلك أحمد في رواية المروزيّ ، فيحمل مطلق كلامه على مقيده ، وحمله ابن رجب في فوائد القواعد على أن النقود لا تتعين بالتعيين فيصير كما لو اشترى في ذمته ، وحمله في المبدع على ما إذا تعذر رد المغصوب إلى مالكه ورد الثمن إلى المشتري ، (وإن اشترى) الغاصب أو غيره (في ذمته ثم نقدها) أي عين المال المغصوب أو ثمنها ، (ولو من وديعة عبده، أو قارض بهما) أي بالوديعة والغصب، (ولو) كان الشراء (بغير نية نقده) أي الثمن من الغصب، أو الوديعة، (فالعقد) أي الشراء (صحيح) لأنه تصرف في ذمته ، وهي قابلة له ، (والإقباض فاسد ، أي غير مبرىء) لعدم إذن المالك فيه ، (والربح والسلع) في المضاربة وغيرها (المشتراة للمالك) لقول ابن عمر : « ادْفَعْ إلَيْهِ دَرَاهِمَه بِنِتَاجِهَا » ، ولم يستفصل عن عين أو ذمة . قال الحارثي : وهذا القول يستلزم سلامة العقد للمالك ، وفيه بحث ، فإن العقد إذا صح لكونه واقعاً في ذمة العاقد فكيف يحصل لمن لم يقع في ذمته ؟ ومأخذ الصحة في أشهر الوجهين : أنه نتيجة ملكه ، فكان كالمتولد من عينه ، وهذا قضاء بالدخول في الملك قهراً ، كدخول الميراث بالإرث لا في العامل ، ولا في غيره فيها ، وليس على المالك شيء من أجر العامل لأنه لم يأذن له، ثم إن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجرة له لتعديه بالعمل ، وإن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله ، لأنه استعمله بعوض لم يسلم له ، فلزمته أجرته كالعقد الفاسد ، (وإن لم يبق درهم مباح) أي ومن لم يقدر على شيء مباح (أكل عادته) لدعاء الحاجة إلى ذلك (لا ماله عنه غني كحلوى وفاكهة ، قاله في النوادر) ، واقتصر عليه في الفروع ، إذ لا مبيح للزيادة على ما تندفع به الحاجة ، (وإن اختلفا) أي الغاصب والمالك (في قيمة المغصوب) بأن قال الغاصب : قيمته عشرة . وقال المالك : اثنا عشر فقول الغاصب : لأنه غارم ، (أو) اختلفا (في زيادة قيمته : هل زادت قبل تلفه أو بعده ؟ أو) اختلفا (في قدره) أي المغصوب ، (أو) اختلفا (في صناعة فيه ولا بينة) لأحدهما ، (فالقول قول الغاصب) بيمينه ، لأنه منكر لما يدعيه المالك عليه من الزيادة، وإن كان لأحدهما بينة عمل بها ، (وإن اختلفا في رده) فقال الغاصب : رددته ، وأنكره المالك فقول المالك ، لأن الأصل معه ، (أو) اختلفا في (عيب فيه بعد تلفه)

بأن قال الغاصب : كان العبد أعمى مثلاً ، وأنكره المالك ، (فقول المالك) بيمينه ، لأن الأصل السلامة ، (لكن لو شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب ، فقال المالك : حدث) العيب (عند الغاصب . وقال الغاصب : بل كان) العيب (فيه ، قبل غصبه، فقول الغاصب) بيمينه لأنه غارم . والظاهر : أن صفة العبد لم تتغير .

(وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها ، فسلمها إلى الحاكم ، ويلزمه) أي الحاكم (قبولها بريء من عهدتها) لأن قبض الحاكم لها قائم مقام قبض أربابها لها ، لقيامه مقامهم ، (وله) أي الذي بيده المغصوب (الصدقة بها عنهم) أي أربابها ، لأن المال يراد لمصلحة المعاش أو المعاد ، ومصلحة المعاد أولى المصلحتين ، وقد تعينت ههنا لتعذر الأخرى ، (بشرط ضمانها) لأربابها إذا عرفهم ، لأن الصدقة بدون الضمان إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل ، وهو غير جائز ، نقل المروزي : على فقراء مكانه، أي مكان الغاصب إن عرفه ، لأنه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجوداً ، أو إلى ورثته ، ويراعي الفقراء لأنها صدقة ، ونقل صالح أو بالقيمة ، وله شراء عرض بنقد ، ولا يجوز في ذلك محاباة قريب أو غيره نصاً (كلقطة) حرم التقاطها ، أو لم يعرفها ، فيتصدق بها عن ربها بشرط الضمان ، أو يدفعها للحاكم ، وإذا أنفقت كانت لمن يأخذ بالحق مباحة ، كما أنها من يأكلها بالباطل محرمة ، وبكل حال : ترك الأخذ أجود من القبول ، وإذا صح الأخذ كان أفضل ، أعني الأخذ والصرف إلى الناس المحتاجين إلا إذا كان من المفاسد ، فهناك الترك أولى ، ومن الصدقة بما ذكر : وقفه أو شراء عين به يقفها ، كما ذكره الشيخ تقي الدين نصاً ، (ويسقط عنه) أي الغاصب (إثم الغصب) بدفعها للحاكم أو الصدقة بها عن ربها بشرط ضمانها ، لأنه معذور عن الرد للمالك لجهله به ، وإذا تصدق بها فالثواب لأربابها ، (وكذا رهون ، وودائع ، وسائر الأمانات ، والأموال المحرمة) كالسرقة والنهب إذا جهل ربها ، دفعها للحاكم أو تصدق بها عن ربها بشرط ضمانها له ، لأن في الصدقة بها عنهم جمعاً بين مصلحة القابض بتبرئة ذمته ، ومصلحة المالك بتحصيل الثواب له .

قال ابن رجب في القواعد : وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقراء من الصدقة من يدمن ماله حرام ، كقطاع طريق ، وأفتى القاضي بجوازه ، (وليس لمن هي) أي الغصوب والأمانات المجهولة أربابها (عنده أخذ شيء منها ، و) لو كان (فقيراً) من أهل الصدقة . قال ابن رجب : الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها ، نص عليه ، مع أنه نص على أن من قال لغريمه : تصدق عني بديني الذي لي عليك لم يبرأ بالصدقة ، ونص في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لرجل مات وعليه ديون للناس

يقضي عنه دينه بالدين الذي عليه أنه يبرأ باطناً ، وإذا أراد من بيده عين جهل مالكها أن يتملكها، وأن يتصدق بقيمتها عن مالكها ، فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجراً وعلم أن البائع باعه ما لا يملك، ولا يعرف له أرباب : أرجو أن أخرج قيمة الآجر فتصدق به أن ينجو من إثمه ، وقد يتخرج فيه خلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ، (وإذا تصدق) الغاصب ونحوه (بالمال) المغصوب ونحوه المجهول ربه ، (ثم حضر المالك خير بين الأجر وبين الأخذ) للبدل (من المتصدق ، فإن) اختار الأجر فذاك ، (وإن اختار الأخذ) من المتصدق ، (فله ذلك ، والأجر للمتصدق) عما تصدق به ، وعلم منه : أنه ليس لصاحبه إذا عرف رد ما فعله من كانت بيده مما تقدم، لثبوت الولاية له شرعاً للحاجة ، كمن مات ولا ولي له ولا حاكم ، (ولو نوى) الغاصب ونحوه (جحد ما بيده من ذلك) الغصب أو الأمانة ونحوها في حياة ربه ، (أو) نوى جحد (حق عليه في حياة ربه فثوابه له) أي لربه ، لأن نية جحده قائمة مقام إتلافه إذن ، فكأنه لم ينتقل لورثة ربه بموته ، فكان ثوابه له ، (وإلا) ينو جحد ما ذكر في حياة ربه بل بعد موته ، (فـ) ـثوابه (لورثته) لأنه إنما عدم عليهم ، وعلم من ذلك : أنه يثاب على ما فات عليه قهراً ، مع أنه لم ينوه ، (ولو ندم) الغاصب ونحوه على تعديه ، (ورد ما غصبه) أو سرقة ونحوه (على الورثة بريء) الغاصب ونحوه من (إثمه) أي المال المغصوب، أو المسروق ونحوه ، لأنه وصل إلى مستحقه (لا من إثم الغصب) فلا يبرأ منه ، بل يبقى عليه إثم ما أدخل على قلب مالكه من ألم الغصب ومضرة المنع من ملكه مدة حياته ، فلا يزول إثم ذلك إلا بالتوبة ، هذا معنى كلام ابن عقيل ، وذكر أبو يعلي الصغير : أن بالضمان والقضاء بلا توبة يزول حق الآدمي . ويبقى مجرد حق الله وذكر المجد فيمن أدان على أن يؤديه فعجز : لا يطالب به في الدنيا ولا في الآخرة . وقال أبو يعلي الصغير بما يقتضي أنه محل وفاق ، (ولو رده) أي المال المغصوب ونحوه (وارث الغاصب) أو السارق ونحوه (فللمغصوب منه) أو المسروق منه ونحوه (مطالبته) أي الغاصب أو السارق ونحوه (في الآخرة نصاً) لأن المظالم لو انتقلت لما استقر لمظلوم حق في الآخرة .



فصل فيما يضمن به المال من غير غصب

(ومن أتلف) من مكلف وغيره إن لم يدفعه إليه ربه ، (ولو) كان الإتلاف (خطأ أو سهواً مالاً محترماً لغيره بغير إذنه) أي المالك (ضمنه) أي ضمن المتلف ما أتلفه لأنه فوته عليه ، فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده ، واحترز بالمال عن الكلب

والسرجين النجس ونحوهما (سوى إتلاف حربي مال مسلم) وعكسه ، وعادل مال باغ وعكسه ، حال الحرب ، فلا يضمنه المتلف ، ويأتي (وغير المحترم ، كمال حربي وصائل ورقيق حال قطعه الطريق ونحوهم) كآلات لهو ، وآنية خمر ، وآنية ذهب ، وفضة ، وصليب وصنم ونحوها (لا يضمنه) متلفه لعدم احترامه ، ويأتي (وإن أكره) إنسان (على إتلافه) أي المال المضمون (ضمنه مكرهه) ولو كان مال المكره ، لأن الإتلاف من المكره ، وأما المكره فهو كالآلة ، (ومن أغرى ظالماً بأخذ مال إنسان ودله عليه) أي على الإنسان أو ماله (ضمنه) المغري لتسببه (أفتى به ابن الزريراني) ، ولعله جواب سؤال ، فلا يحتج بمفهومه وأنه يكتفي بالإغراء ، أو الدلالة ، لأنه يصدق عليه أنه تسبب في ظلمه فهو كالذي بعده ، (وإن غرم) إنسان (بسبب كذب عليه عند ولي الأمر ، فله) أي الغارم (تغريم الكاذب) لتسببه في ظلمه ، وله الرجوع على الآخذ منه لأنه المباشر ، (وتقدم) ذلك (في الحجر) وتقدمت له نظائر أيضاً ، ومثله من شكى إنساناً ظلماً ، فأغرمه شيئاً لحاكم سياسي ، كما أفتى به قاضي القضاة الشهاب بن النجار ، ولم يزل مشايخنا يفتون به ، بل لو غرمه شيئاً لقاض ظلماً كان الرجوع به عليه، كما يعلم مما تقدم في الحجر فيما غرمه رب الدين بمطل المدين ونحوه ، لأنه بسببه، (وإن أذن رب المال في إتلافه) أو دفعه إلى محجور عليه لحظه ، (فأتلفه لم يضمن المتلف) ما أتلفه لتسليط ربه له عليه .

(وإن فتح) إنسان (قفصاً عن طائر) مملوك محترم ، أو فتح إصطبل حيوان محترم، (أو حل) إنسان (قيد عبده ، أو) حل قيد (أسير ، أو دفع لأحدهما) أي العبد أو الأسير (مبرداً فبرده) أي القيد ، (فذهبوا) أي الطائر والعبد والأسير ، ضمن الفاتح، والحال ، ودافع المبرد ، لتسببه في الضياع ، (أو حل) إنسان (رباط سفينة فغرقت بعصوف ريح أو لا) ضمن (أو فتح إصطبلاً) بقطع الهمزة (فضاعت الدابة ، أو حل رباط فرس) ففاتت ضمنها ، (أو) حل (وكاء) - بكسر الواو - وهو الحبل الذي يربط به نحو القربة (زق) بكسر الزاي أي ظرف (مائع) فاندفق ، (أو) حل وكاء زق (جامد فأذابته الشمس) فاندفق ضمنه ، فإن قرب إليه شخص ناراً فذاب بها ، فقياس مذهبنا : يضمنه بقرب النار كالدافع مع الحافر ، قاله المجد .

(أو بقي) الزق (بعد حله قاعداً فألقته ريح ، أو) ألقته (زلزلة فاندفق فخرج) ما فيه (كله في الحال ، أو) خرج (قليلاً قليلاً، أو خرج منه شيء بل أسفله) أي الزق (فسقط) فاندفق (أو ثقل أحد جانبيه) أي الزق بعد حل وكائه ، (فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط ، ضمنه) أي ضمن المتسبب في جميع ما ذكر ما تلف بسبب تعديه ،

سواء (تعقب ذلك فعله، أو تراخى عنه) ، وسواء (هاج الطائر، أو الدابة حتى ذهبا أو لا) لأنه تلف بسبب فعله ، فلزمه ضمانه ، وكمن قطع علاقة قنديل فسقط فانكسر . قال في الفنون : إلا ما كان من الطيور يألف الرواح ، ويعتاد العود ، فلا ضمان في إطلاقه إتلافاً ، (ومثله لو أزال يد إنسان عن عبد ، أو) عن حيوان (فهرب إذا كان الحيوان مما يذهب بزوال اليد) عنه ، (كالطير، والبهائم الوحشية، والبعير الشارد، والعبد الآبق) فيضمنه من أزال يد ربه عنه لتسببه في فواته ، (أو نفر الدابة بأن صرخ فيها حتى شردت وإن لم يعلم ذلك) أي أنها تنفر بصياحه ، فيضمنها ، لأن الإتلاف يستوي فيه العمد والخطأ ، (وكذا لو أزال يده الحافظة) لمتاعه (حتى نهبه الناس ، أو) حتى (الدواب أفسدته ، أو) أفسدته (النار ، أو) أفسده (الماء) فيضمه (بأن فتح بابه) تعدياً ، (فيجيء غيره فينهب المال ، أو يسرقه) ، أو يفسده بحرق ، أو غرق ، فلرب المال تضمين فاتح الباب لتسببه في الإضاعة ، (والقرار على الآخذ) لمباشرته ، فإن ضمنه رب المال لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الفاتح رجع على (الآخذ ولو ضرب) إنسان (يد آخر ، وفيها) أي اليد (دينار فضاع) الدينار (ضمنه) الضارب لتسببه في إضاعة ، (ولو خاصمه فأسقط عمامته عن رأسه بيده ، أو هزه حتى سقطت) عمامته عن رأسه ، (فتلفت) لوقوعها في نار ونحوها ، (أو) سقطت (في زحام) بسبب هزه ونحوه ، (فضاعت ضمنها) الذي سقطت بفعله لتعديه .

قلت : فإن وقعت في نحو قذر ينقصها ، فعليه أرش النقص ، (ولو أقام عموداً) ونحوه (بجداره المائل) يمنعه من السقوط ، (فجاء آخر ورفع العمود) أو نحوه تعدياً ، (فسقط الجدار في الحال ضمنه) الرافع للعمود ونحوه لتعديه ، (وإن وقع طائر إنسان على جدار فنفره آخر) صاحب الجدار أو غيره ، (فطار يضمنه المنفر لأن تنفيره لم يكن سبب فواته ، فإنه كان ممتنعاً قبل ذلك) ، وإن رماه إنسان ، (فقتله ضمنه) الرامي ، (وإن كان) في داره لأنه كان يمكن تنفيره بغير قتله ، (وإن قتله) أي الطائر ، (وهو مار في هواء داره، أو) وهو مار في (هواء دار غيره ضمنه) لأنه لا يمكن منع الطائر من الهواء ، (ولو كانت الدابة المحلولة عقوراً وجنت) بعد حلها، أو فتح اصطبلها ونحوه ، (ضمن) الحال ونحوه (جنايتها) لأنه السبب فيها ، (كما لو حل سلسلة فهد، أو ساجور كلب فعقرا) فالضمان على الحال ، لتسببه . والساجور : خشبة تجعل في عنق الكلب ، (وإن أفسدت) الدابة المحلولة (زرع إنسان فكإفساد دابة نفسه) زرع غيره (على ما سيأتي) تفصيله في جنايات البهائم ، (ولو فتح) إنسان (بَثقا) - بتقديم الموحدة - وهو الجسر الذي يحبس الماء، (فأفسد بمائه زرعاً، أو بنياناً) . قلت : أو غراساً (ضمن)

فاتح البثق ما تلف بسببه . قلت : وعلى قياسه : لو فات به ري شيء من الأرض التي كانت تروى بسبب سده ، فيضمن فاتحه خراجه ، وعلى قياسه : لو فرط من يلي سد البثق فيه فأزاله الماء عند علوه وأتلف شيئاً أو فات به ري شيء من الأراضي ، (كما لو أطل دابة رموحاً من شكال ، أي تضرب برجلها) بيان للرموح ، فيضمن من أطلقها ما تلف بها ، (وإن رمي) أي ألقي (الزق الذي بقي بعد حل وكائه قاعداً إنسان آخر اختص الضمان به) أي بالملقي للزق لأنه باشر الإتلاف ، (وإن بقي الطائر) بعد فتح قفصه ، (و) بقي (الفرس) بعد حل قيده ، أو فتح اصطبله (بحالهما فنفرهما آخر ضمنهما المنفر) وحده ، لأن سببه أخص ، فاختص الضمان به كدافع الواقع في البئر مع حافرها ، وكذا لو حل إنسان حيواناً وحرضه آخر فجني ، فإن ضمان جنايته على المحرض .

(وإن أتلف وثيقة لا يثبت) المال (إلا بها) وتعذر ثبوته (ضمنه) متلفها ، لأنه تسبب في إضاعته (لا إن دفع) إنسان (مفتاحاً إلى لص) فسرق اللص ما في الدار المدفوع مفتاحها إليه ، فالضمان على اللص دون الدافع ، لأن اللص مباشر والدافع متسبب ، وإحالة الحكم على المباشر أو لأمن المتسبب ، (ولو حبس مالك دواب فتلفت) الدواب بسبب حبسه (لم يضمن) حابس الدواب . قال في المبدع : وينبغي أن يفرق بين الحبس بحق أو غيره ، (وإن ربط دابة) في طريق ولو واسعاً ، (أو أوقفها في طريق ولو) كان الطريق (واسعاً ويده عليها) بأن كان راكباً أو نحوه ، (فأتلفت) الدابة (شيئاً) ضمنه من ربطها أو أوقفها ، (أو جنت) الدابة (بيد ، أو رجل ، أو فم) ضمن رابطها وموقفها ، لحديث النعمان بن بشير مرفوعاً : « مَنْ أَوْقَفَ دَابَّةً فِي سَبِيلٍ مِنْ سُبُلِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي سُوقٍ مِنْ أَسْوَاقِهِمْ فَأَوْطَأَتْ بِيَدٍ أَوْ رِجْلٍ فَهُوَ ضَامِنٌ » (١) رواه الدارقطني ، ولأن طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها ، فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه . وظاهره : لا يضمن جناية ذنبها (أو ترك) أي ألقى (في الطريق طيناً ، أو قشر بطيخ ، أو رش فيه ماء فزلق به إنسان) ضمنه ملقي الطين أو القشر أو الراش، لكن لو كان الراش لتسكين الغبار على المعتاد فلا ضمان ، على ما يأتي في الجنايات .

(أو) ألقى (خشبة، أو عموداً، أو حجراً) في الطريق لا في نحو مطر ليمشي عليه الناس ، (أو كيس دراهم، أو أسند خشبه إلى حائط) وظاهره : ولو مال إلى السقوط،

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني في السنن : ٣/ ١٧٩ ، كتاب الحدود والديات وغيره (ص١٧٩) .

(فتلف به) أي بواحد من المذكورات (شيء) من آدمي أو دابة أو غيرهما (ضمن) الملقي لذلك (ما أتلفه أو تلف به) لحصول التلف بتعديه ، (ومن ضرب دابة مربوطة في طريق ضيق فرفسته فمات ، ضمنه صاحبها ، ذكره) ابن عقيل (في الفنون) وظاهره : لو كانت واسعة لا ضمان لعدم حاجته إلى ضربها ، فهو الجاني على نفسه ، (وإن اقتنى كلباً عقوراً بأن يكون له) أي الكلب (عادة بذلك) العقر ، (أو) اقتنى كلباً (لا يقتني) بأن لا يكون كلب صيد ولا زرع ولا ماشية ، (أو) اقتنى كلباً (أسود بهيماً ، أو) اقتنى (كبشاً معلماً النطاح ، أو) اقتنى (أسداً أو نمراً أو نحوهما من السباع المتوحشة فعقرت، أو خرقت ثوباً) بمنزله، أو خارجه ضمنه مقتنيها ، لأنه متعد باقتنائه ، (أو) اقتنى (هراً تأكل الطيور وتقلب القدور في العادة مع علمه) بحالها (بأن تقدم للهر عادة بذلك) المذكور من أكل الطيور وقلب القدور (ضمن) لتعديه باقتنائها إذن ، (فإن لم يكن له) أي الهر (عادة بذلك لم يضمن صاحبه) ما أتلفه عدوانه باقتنائه مالاً عاد له بذلك ، (كالكلب الذي ليس بعقور) إذا اقتناه لنحو صيد ولم يكن أسود بهيماً ، فإن صاحبه لا يضمن جنايته ، (ولا فرق) في ضمان إتلاف ما لا يجوز اقتناؤه مما تقدم (بين) الإتلاف في (الليل والنهار) لأنه للعدوان بخلاف البهائم من إبل وبقر وغنم ونحوها (إلا أن يكون) المخروق ثوبه أو نحوه (دخل منزله بغير إذنه ، أو) دخل (بإذنه ونبهه) رب المنزل (أنه) أي الكلب ونحوه (عقور أو غير موثوق) فلا يضمن رب المنزل ، لأنه إذا دخل بغير إذنه فهو المتعدي بالدخول وإن كان بإذنه ونبهه على أنه عقور أو غير موثوق ، فقد أدخل الضرر على نفسه على بصيرة ، (ولا يضمن) مقتنى المذكورات من الكلب العقور ونحوه (ما أفسدت بغير ذلك) المذكور من عقر أو خرق ثوب بأن أفسدت (ببول أو ولوغ) في إناء ، لأن هذا لا يختص بالكلب العقور ، (وله قتل هر بـ) ـسبب (أكل لحم ونحوه كالفواسق) وسائر ما فيه أذى دفعاً لأذاه ، (وقيده ابن عقيل ، ونصره الحارثي حين أكلها) اللحم ونحوه (فقط) إلحاقاً لها بالصائل ، (ولو حصل عنده كلب عقور ، أو سنور ضار) أي له عادة بأكل الطيور وقلب القدور (من غير اقتناء ، و) من غير (اختيار فأفسد) شيئاً (لم يضمن) ما أفسده ، لأنه لا تعدى منه ولا تسبب ، إذ لم يقتنه ، (وإن اقتني حماماً أو غيره من الطير ، فأرسله نهاراً فلقط حباً) للغير (ضمن) المقتني ، خرجه في الآداب على مسألة الكلب العقور ، وإن قلنا يحرم الاقتناء ، وإلا ففيه نظر ، وبعد الجزم بعدم الضمان . وفي المغني : لا ضمان ، وكذا نقله في الإنصاف عن الحارثي ، واقتصر عليه .



فصل

وإن أجج ناراً في موات، أو أججها في ملكه بأن أوقد النار حتى صارت تلتهب في داره أو على سطحه ، (أو سقي أرضه) لشجر ، أو زرع بها ، أو ليزرعها ، (فتعدى) ما ذكر من النار والماء (إلى ملك غيره فأتلفه) أي أتلف المتعدي من النار، أو الماء ملك غيره (لم يضمن) الفاعل ، لأن ذلك ليس من فعله، ولا تعديه، ولا تفريطه، وسئل أحمد: أوقد ناراً في السفينة ؟ فقال : لا بد له من أن يطبخ ، وكأنه لم يرد عليه (إذا كان) التأجيج أو السقي (ما) أي شيئاً (جرت به العادة بلا إفراط ولا تفريط ، فإن فرط) بأن ترك النار مؤججة والماء مفتوحاً ، ونام فحصل التلف بذلك وهو نائم ضمن لتفريطه، (أو فرط بأن أجج ناراً تسري في العادة لكثرتها ، أو) أججها (في ريح شديدة تحملها) إلى ملك غيره ، ضمن لتعديه ، وكذا لو أججها قرب زرب أو حصيد ، ذكره الحارثي ، و(لا) يضمن إن تعدت (بطريانها) أي الريح بعد أن لم تكن لعدم تفريطه . قال في عيون المسائل : لو أججها على سطح دار ، فهبت الريح فأطارت الشرر لم يضمن ، لأنه في ملكه ولم يفرط ، وهبوب الريح ليس من فعله ، (أو فتح ماء كثيراً يتعدى) عادة (أو فتحه في أرض غيره، أو أوقد) ناراً (في ملك غيره) تعدياً (فرط ، أو أفرط) أي أسرف ، (أو لا ضمن ما تلف به) لتعديه ، (وكذلك) يضمن (إن أيبست النار) التي أوقدها ولو في ملكه (أغصان شجر غيره) لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة ، (إلا أن تكن الأغصان في هوائه ، فلا يضمن) لأنه لا يمنع من التصرف في ملكه، وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه ، لأنه أمانة) بيده إلى أن يرده لربه ، (فإن لم يعرف) صاحب الدار (صاحبه) أي الثوب ، (فهو لقطة) يعرفه حولاً ، (وإن عرفه) أي عرف رب الدار صاحب الثوب (لزمه إعلامه) بالثوب فوراً ، (فإن لم يفعل) أي لم يعلم ربه به مع علمه (ضمنه) إن تلف بعد مضي زمن يتأتى فيه إعلامه ، لأنه لم يستحفظه ، (وإن سقط طائر غيره في داره لم يلزمه) أي رب الدار (حفظه ، ولا إعلام صاحبه) لأنه لم يزل ممتنعاً (إلا أن يكون) الطير (غير ممتنع) كالمقصوص جناحه ، (فكالثوب) إن لم يعرف صاحبه فلقطة ، وإن عرفه أعلمه فوراً وإلا ضمن ، (وإن دخل) طير مملوك (برجه ، فأغلق عليه الباب) رب البرج (ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه) لتعديه ، (وإلا) بأن لم يغلق عليه الباب ، أو أغلقه غير ناو إمساكه لنفسه بأن لم يعلم به ، أو نوى إمساكه لربه ، (فلا ضمان عليه) لعدم تعديه ، وهو في الأخيرة محسن ، لكن عليه إعلامه فوراً إن علمه كما سبق ، (وإن حفر في فنائه) بكسر الفاء،

(وهو) أي الفناء (ما كان خارج الدار) ونحوها (قريباً منها) قال في القاموس : فناء الدار ككساء ، ما اتسع من أمامها ، وجمعه أفنية وفني (بئراً لنفسه ، ولو بإذن الإمام) ولو بلا ضرر ، لأنه ليس له أن يأذن فيه كما يأتي ، وكذا إن حفر نصف البئر في حده ونصفها في فنائه ، (وكذا البناء) في فنائه (ضمن ما تلف بها) أي البئر ، وكذا البناء، لأنه تلف حصل بسبب تعديه ، أشبه ما لو نصب في فنائه سكيناً فتلف به شيء، إذ الأفنية ليست بملك ملاك الدور ، وإنما هي من مرافقهم ، (ولو حفر) أي البئر في الفناء (الحر بأجرة أو لا ، وثبت علمه أنها في ملك غيره) أي الآذن ، (ضمن الحافر) ما تلف بها ، لأنه هو المتعدي ، (وإن جهل) الحافر أنها ملك الغير ضمن (الآمر) لتغريره الحافر وكذا لو جهل الباني ، فلو ادعى الآمر علم الحافر أو الباني بالحال وأنكراه فقولهما ، لأن الأصل عدمه ، (وإن حفرها) أي البئر في سابلة واسعة لنفع المسلمين بلا ضرر ، (أو بني مسجداً ، أو خاناً ونحوه) كبناء وقفه على مسجد ، ذكره الشيخ تقي الدين ، ونقله عنه ابن رجب في القواعد (في سابلة) أي طريق مسلوك (واسعة لنفع المسلمين) كما لو حفرها ليجتمع فيه ماء المطر ، أو ينبع منها الماء ليشرب المارة (بلا ضرر بالمارة) لأن فعل ذلك (لنفع نفسه ، ولو بغير إذن إمام ، لم يضمن ما تلف بها) لأنه محسن ، (كبناء جسر) - بفتح الجيم وكسرها - وهو القنطرة ليمر عليه الناس، (وكذا لو حفرها) أي البئر (في موات لتملك ، أو ارتفاق ، أو انتفاع عام) لأنه مأذون فيه شرعاً ، (وينبغي) لمن حفر بئراً بالطريق الواسع أو الموات (أن يجعل عليها حاجزاً تعلم به لتتوقى . قال الشيخ : ومن لم يسد بئره مسداً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها ، وإن فعله) أي ما ذكر من حفر البئر وبناء المسجد أو الخان ونحوه (فيها) أي في الطريق (لنفع نفسه ، أو كان يضر بالمارة) بأن حفر البئر في القارعة ، (أو) فعله (في طريق ضيق ضمن ، سواء فعله لمصلحة عامة أو لا ، بإذن الإمام أو لا ، لأنه ليس له أن يأذن فيه) لما فيها من الضرر ، ولو مات الحافر ثم تلف بها شيء من تركته ، صرح به القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول في باب الرهن ، حتى قالا: لو بيعت التركة لفسخ في قدر الضمان منها ، لسبق سببه ، ولو كانت التركة عبداً فأعتقه الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمرهون ، صرح به القاضي في الخلاف ، ذكره ابن رجب .

(وفعل عبده) لما ذكر من الحفر، والبناء بالفناء، والطريق الواسع، أو الضيق (بأمره) أي السيد (كفعل نفسه) لأن العبد كالآلة ، وسواء (أعتقه) سيده (بعد ذلك أو لا) اعتباراً بحال الفعل ، فيختص الضمان بالسيد ، (و) إن فعله العبد (بغير إذنه) أي

السيد (يتعلق ضمانه) أي ضمان ما يتلف (برقبته) كسائر جناياته التي لم يأذن فيها سيده ، (ثم إن أعتقه) السيد بعد الحفر أو البناء بغير إذنه ، ثم تلف شيء بسبب ذلك، (فما تلف بعد عتقه ، فعليه) أي العتيق (ضمانه) دون سيده ، لاستقلاله بالجناية ، (ولو أمره) أي الحافر أو الباني (السلطان بفعل ذلك) أي بالحفر أو البناء (ضمن السلطان وحده) وظاهره : سواء علم أن الأرض ملك لغير السلطان أو لا ، لأنه لا تسعه مخالفته ، أشبه ما لو أكره على ذلك .

(وإن فعل) إنسان في طريق (ما تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها ، كإزالة الطين والماء عنها ، وتنقيتها مما يضر فيها) كقشر بطيخ (وحفر هدفة) أي ربوة عالية (فيها) أي الطريق ، بحيث تساوي غيرها ، (وقلع حجر) في الأرض (يضر بالمارة ، ووضع الحصى في حفرة فيها) أي في الأرض (ليملأها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه ، فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به) لأنه إحسان ومعروف ، (وإن بسط في مسجد حصيراً ، أو بارية) وهي الحصير ، كما في القاموس لكن في عرف الشام ما ينسج من قصب ، ولعله المراد هنا ليحصل التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه ، (أو) بسط في المسجد (بساطاً ، أو علق فيه قنديلاً ، أو أوقده ، أو نصب فيه) أي المسجد (باباً أو عمداً ، أو بني جداراً) يحتاج إليه المسجد (أو سقفه ، أو جعل فيه رفاً ونحوه لنفع الناس ، أو وضع فيه حصى ، لم يضمن ما تلف به) لأنه محسن .

(وإن جلس) في مسجد ، أو طريق واسع (أو اضطجع) في مسجد ، أو طريق واسع (أو قام في مسجد ، أو طريق واسع فعثر به حيوان) فتلف أو نقص (لم يضمن) تلفه ولا نقصه لأنه فعل مباحاً لم يتعد به على أحد في مكان له فيه حق ، أشبه ما لو فعله بملكه . ويضمن إن كان الفعل محرماً ، كالجلوس مع الحيض في المسجد ، أو مع إضرار المارة في الطريق ، قاله في شرح المنتهى .

ومقتضى كلام الحارثي : لا ضمان أيضاً ، لأن المنع لا لذات الجلوس ، بل لمعنى قارنه ، وهو الجنابة أو الحيض ، فأشبه من جلس بملكه بعد نداء الجمعة ، (ويضمن إن جلس، أو اضجع، أو قام (في طريق ضيق) لإضراره بالمارة ، (ويأتي في الديات) وإن أحدث بركة للماء ، أو كنيفاً ، أو مستحماً فنزّ إلى جدار جاره فأوهاه وهدمه ضمنه، لأن هذه الأسباب تتعدى ، ذكره في الفصول والتلخيص ، قالا : وللجار منعه من ذلك، إلا أن يبني حاجزاً محكماً يمنع النز . زاد ابن عقيل : أو يبعد بحيث لا يتعدى النز إلى جدار جاره ، وقال أيضاً : الدق الذي يهد الجدار مضمون السراية ، لأنه عدوان محض ،

(وإن أخرج) إنسان (جناحاً) وهو الروشن (أو ميزاباً ونحوه) كساباط وحجر برز به، في البنيان (إلى طريق نافذ) مطلقاً إلا بإذن إمام ، أو نائبه في جناح ، أو ساباط، أو ميزاب بلا ضرر ، (أو) أخرج ما ذكر في درب (غير نافذ بغير إذن أهله ، فسقط على شيء فأتلفه ، ضمن ، ولو) كان سقوطه (بعد بيعه ، وقد طولب بنقصه لحصوله) أي التلف (بفعله) أي بسبب فعله الذي تعدى به . ومفهومه : أنه إذا سقط بعد البيع ولم يكن طولب بنقضه لا يضمن (ما لم يأذن فيه) أي الجناح والميزاب والساباط (إلى الطريق النافذ فقط إمام أو نائبه ، ولم يكن منه ضرر) على المارة بإخراجه فلا ضمان ، لأن النافذ حق للمسلمين ، والإمام وكيلهم ، فإذنه كإذنهم ، أشبه ما لو أذن أهل غير النافذ له في ذلك .

(وإن مال حائطه) بعد أن بناه مستقيماً (إلى غير ملكه) سواء كان مختصاً كهواء جاره ، أو مشتركاً كالطريق (علم به) أي بميلان حائطه ، (أو لا ، فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً ، لم يضمنه) ولو أمكنه نقضه وطولب به لعدم تعديه بذلك ، لأنه بناه في ملكه ، ولم يسقط بفعله ، فهو (كما لو سقط من غير ميلان ، وعنه إن طولب) أي طالبه مستحق (بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل) مع إمكانه (ضمن ، واختاره جماعة) لأن ترك الهدم مع المطالبة تفريط .

وأجيب عن ذلك بأنه لو وجب بسقوطه ضمان لم تشترط المطالبة بنقضه ، كما لو بناه ابتداء مائلاً إلى ملك غيره ، فإن عليه ضمان ما يتلف به ولو لم يطالب بنقضه . (قال الموفق والشارح : والتفريع عليه) أي ما ذكر من الرواية الثانية ، (والمطالبة : من كل مسلم أو ذمي إذا كان ميله إلى الطريق) لأن الحق فيها لعامة الناس ، (كما لو مال إلى ملك جماعة فطالب واحد منهم ، ولكل منهم المطالبة) بالنقض ، لأن له حقاً فيه ، (وإن طالب واحد) ممن لهم الحق (فاستأجله) أي استمهله (صاحب الحائط، أو أجله الإمام لم يسقط عنه الضمان) بذلك لوجوبه عليه على الفور مع الإمكان ، كما تقدم ، فإن كان الإمهال بقدر الحاجة إلى تحصيل الآلات فلا ضمان لانتفاء التفريط ، ذكره الحارثي ، (ولا أثر لمطالبة) المستحق (لمستأجر الدار ومستعيرها ، ومستودعها ، ومرتهنها) لأنهم لا يملكون النقض ، ولا ولاية لهم على المالك ، وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه ونحوه فطولب ، لم يلزمه لعدم أهليته ، وإن طولب وليه أو الوصي فلم يفعل ضمن المالك ، قاله في المجرد ، والمغني ، والشرح ، والحارثي والمبدع وغيرهم، ونقله في الفروع عن المنتخب .

وقال ابن عقيل : الضمان على الولي . قال الحارثي : وهو الحق لوجود التفريط منه، وهو توجيه لصاحب الفروع ، (ولا ضمان عليهم) لأنه لا أثر لطلبهم ، (وإن بناه) أي الحائط (مائلاً إلى ملك غيره بإذنه ، أو) بناه مائلاً (إلى ملك نفسه) لم يضمن لعدم تعديه ، (أو مال) الحائط (إليه) أي إلى ملك ربه (بعد البناء لم يضمن) ربه ما تلف به ، (وإن بناه) أي الحائط (مائلاً إلى الطريق) ضمن ما تلف به ، (أو) بناه مائلاً (إلى ملك الغير بغير إذنه ضمن ما تلف به ، ولو لم يطالب بنقضه) لتسببه (وإن تقدم إلى صاحب الحائط المائل) أي طولب (بنقضه فباعه مائلاً ، فسقط على شيء فتلف به ، فلا ضمان على بائع) فيما تلف ، لأن الحائط ليس ملكه حال السقوط، فزال تمكنه من هدمه ، فلا تفريط منه . قال ابن عقيل : إن لم يكن حيلة على الفرار من نقضه فيضمن .

(ولا) ضمان (على مشتر ، لأنه لم يطالب بنقضه ، وكذلك إن وهبه) أي الحائط المائل بعد الطلب ، (وأقبضه) ثم سقط فأتلف شيئاً لم يضمنه الواهب ، لأنه ليس ملكه ، ولا المتهب لأنه لم يطالب ، وكذا لو صالح به أو جعله صداقاً ، أو عوضاً في خلع، أو طلاق، أو عتق ونحوه ما ينقل الملك ، (وحيث وجب الضمان) فيما تلف (والتالف آدمي فالدية على عاقلته) أي عاقلة رب الحائط ، لأنها تحمل دية قتل الخطأ وشبه العمد ، (فإن أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم) الذي يعقلون عنه ، (وأنكروا) أي العاقلة (مطالبته بنقضه) حيث اعتبرت، أو أنكر وأتلف الآدمي بالجدار (لم يلزمهم) شيء (إلا أن يثبت) بينة ، لأن الأصل عدم الوجوب ، وإن أبرأه من مال الحائط إلى ملكه والحق له فلا ضمان ، (وإن تشقق الحائط عرضاً فكميله) فلا ضمان إن لم يطالب بنقضه ، وكذا إن طولب على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يضمن إذا طولب وأشهد عليه ، (لا) إن تشقق الحائط (طولاً) وهو مستقيم ، فإنه لا أثر له، لأنه لا ضرر فيه .

★ ★ ★

(فصل في جناية البهائم)

(وما أتلفته البهيمة) آدمياً كان أو مالاً ، (ولو صيد حرم فلا ضمان على صاحبه) فيه ، لقوله ﷺ : « الْعَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ » [1] متفق عليه ، أي هدر (إذا لم تكن يده

---

(١) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري في كتاب الزكاة ، باب في الركاز الخمس ، وأخرجه مسلم في كتاب الحدود ، باب جرح العجماء ، قال القاري في المرقاة : « العجماء : أي البهيمة ، وجُبار - بضم الجيم - : أي هدر » .

عليها) فإن كانت ضمن ويأتي (إلا الضاربة) أي المعتادة بالجناية من البهائم والجوارح وشبهها . قال الشيخ تقي الدين فيمن أمر رجلاً بإمساكها : ضمنه إذا لم يعلمه بها ، (ومن أطلق كلباً عقوراً، أو دابة رفوساً، أو عضوضاً على الناس في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم ، فأتلف مالاً أو نفساً ضمن لتفريطه ، وكذا إن كان له طائر جارح كالصقر والبازي ، فأفسد طيور الناس وحيواناتهم ، قاله) ابن عقيل (في الفصول) قال في المبدع : وظاهر كلامهم ، أي عدم الضمان في غير الضاربة إذا لم تكن يده عليها ولو كانت مغصوبة ، لأنه لا تفريط من المالك ولا ذمة لها فيتعلق بها ، ولا قصد يتعلق برقبتها بخلاف العبد والطفل . انتهى ، وهو معنى ما قدمه في الفروع ، قال : وهذا فيه نظر ، وحكى عن ابن عقيل ما يقتضي الضمان ، (وإن كانت البهيمة في يد إنسان كالسائق) المتصرف فيها ، (والقائد) المتصرف فيها ، (والراكب المتصرف فيها سواء كان) كل من السائق والقائد والراكب المتصرف فيها مالكاً، أو غاصباً، أو أجيراً، أو مستأجراً، أو مستعيراً، أو موصى له بالمنفعة) أو مرتهناً (ضمن ما جنت يدها أو فمها) أي جناية يدها أو فمها ، (أو وطئها برجلها لا ما نفحت بها) أي برجلها ، لما روى سعيد مرفوعاً : « الرِّجْلُ جبَارٌ » . وفي رواية أبي هريرة : « رِجْلُ الْعجْمَاءِ جَبَارٌ » ، فدل على وجوب الضمان في جناية غيرها ، وخصص بالنفح دون الوطء لأن من بيده الدابة يمكنه أن يجنبها وطء ما لا يريد أن تطأه بتصرفه فيها ، بخلاف نفحها ، فإنه لا يمكنه أن يمنعها منه ، وحيث وجب الضمان وكان المجني عليه مما تحمله العاقلة ، فهي عليها ، كما صرح به المجد في شرحه بما يقتضي أنه محل وفاق ، ومحل عدم ضمان ما نفحت برجلها (ما لم يكبحها) أي يجذبها باللجام (زيادة على العادة أو يضربها في وجهها) فيضمن لتسببه في جنايتها ، (ولو) فعل ذلك (لمصلحة) تدعو إليه ، (ولا يضمن) الراكب ونحوه (ما جنت) الدابة (بذنبها) لأنه لا يمكن التحفظ منه ، (ويضمن) أيضاً الراكب ونحوه (ما جني ولدها) ولو لم يفرط ، لأنه تبعها ، وظاهره: سواء جني بيده، أو فمه، أو رجله، أو ذنبه ، ولو قيل : يضمن منه ما يضمن منها فقط لكان له وجه .

(ومن نفرها) أي البهيمة (أو نخسها ضمن وحده) لأنه المتسبب في جنايتها (دونهم) أي دون الراكب والسائق والقائد ، (فإن جنت) البهيمة (عليه) أي على من نفرها، أو نخسها ، (فـ) الجناية (هدر) لأنه السبب في الجناية على نفسه ، (وإن ركبها اثنان) وجنت جناية مضمونة (ضمن الأول منهما) أي الراكبين ، لأنه المتصرف فيها ، والقادر على كفها ، (إلا أن يكون) الأول (صغيراً ، أو مريضاً ونحوهما)

كالأعمى ، (والثاني متولي تدبيرها ، فعليه) أي الثاني (الضمان) وحده ، لكونه المتصرف فيها ، (وإن اشتركا) أي الراكبان (في التصرف) في البهيمة (اشتركا في الضمان) أي ضمان جنايتها المضمونة لاشتراكهما في التصرف ، (وكذا لو كان معها) أي البهيمة (سائق وقائد) وجنت جناية تضمن ، فالضمان عليهما ، (وإن كان معهما) أي السائق والقائد راكب ، (أو) كان (مع أحدهما راكب شاركهما) أي شارك الراكب السائق والقائد ، أو أحدهما في ضمان جنايتها لاشتراكهم في التصرف ، لأن كلا منهم لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان ، فإذا اجتمع مع غيره منهم شاركه في الضمان ، وعلم مما تقدم ، أنه لو اجتمع الثلاثة أو اثنان منهم ، لكن انفرد واحد بالتصرف اختص بالضمان ، (والإبل والبغال المقطرة ، كـ) البهيمة (الواحدة على قائدها الضمان) لما جنت كل واحدة من القطار ، لأن الجميع إنما تسير بسير الأول وتقف بوقوفه وتطأ بوطئه، وبذلك يمكنه حفظ الجميع عن الجناية ، (وإن كان معه) أي القائد (سائق شاركه) أي شارك السائق القائد (في ضمان الأخير فقط إن كان) السائق (في آخرها) لأنهما اشتركا في التصرف الأخير ، ولا يشارك السائق القائد فيما قبل الأخير لأنه ليس سائقاً له ولا تابعاً لما يسوقه ، (وإن كان) السائق (في أولها) أي أول المقطرة (شارك) السائق القائد (في) ضمان جناية (الكل) لأنه لو انفرد بذلك لضمن جناية الجميع ، لأن ما بعد الأول تابع له سائر بسيره ، فإذا كان معه غيره وجب أن يشاركه في ذلك ، (وإن كان) السائق (فيما عدا الأول) من المقطرة (شارك) السائق القائد (في ضمان ما باشر سوقه ، وفي) ضمان (ما بعده) أي بعد الذي باشر سوقه ، لأنه تابع له (دون) ضمان (ما قبله) أي قبل الذي باشر سوقه فيختص به القائد ولا يشاركه فيه السائق ، لأنه ليس سائقاً له ولا تابعاً لما يسوقه ، (وإن انفرد راكب بالقطار ، وكان) الراكب (على أوله ضمن) الراكب (جناية الجميع ، قاله الحارثي) لأن ما بعد الراكب إنما يسير بسيره ويطأ بوطئه ، فأمكن حفظه عن الجناية ، فضمن كالمقطور على ما تحته .

قلت : فعلى هذا إن كان معه سائق فعلى ما سبق من التفصيل إذا كان سائق وقائد ، وإن كان المنفرد بالقطار راكباً أو سائقاً على غير الأول ضمن جناية ما هو راكب عليه أو سائق له وما بعده دون ما قبله ، (ولو انفلتت الدابة ممن هي في يده وأفسدت) شيئاً (فلا ضمان) على أحد ، لحديث « العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ » [1] وتقدم ، فلو استقبلها إنسان فردها فقياس قول الأصحاب : الضمان ، قاله الحارثي ، ثم قال : ويحتمل عدم

---

(١) راجع (١) ص (١٩٤١) .

الضمان لعموم الخبر ، ولأن يده ليست عليها . قال : والبهيمة النزقة التي لا تنضبط بكبح ولا نحوه ، ليس له ركوبها بالأسواق ، فإن ركب ضمن لتفريطه ، وكذا الرموح والعضوض ، (ويضمن رب البهائم ومستعيرها، ومستأجرها، ومستودعها) ، قلت : وقياسه مرتهن وأجير لحفظها ، وموصي له بنفعها (ما أفسدت من زرع وشجر وغيرهما) كثوب خرقته، أو مضغته، أو وطئت عليه ونحوه (ليلاً) لما روي مالك عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة : « أنَّ نَاقَةً للْبَرَاء دَخَلَتْ حَائط قَوْم فَأَفْسَدَتْ ، فَقَضَى النَّبي ﷺ أنَّ عَلَى أهْلِ الأمْوَالِ حِفْظُهَا بِالنَّهَارِ ، وَمَا أفْسَدَتْ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِمْ »[(١)] . قال ابن عبد البر : هذا وإن كان مرسلاً فهو مشهور ، وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول[(٢)] ، ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها نهاراً للرعي وحفظها ليلاً ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً ، فإذا أفسدت شيئاً ليلاً كان من ضمان من هي بيده (إن فرط) في حفظها (مثل ما إذا لم يضمها ونحوه ليلاً، أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، فإن ضمها) أي ضم البهائم من هي بيده ليلاً ، (فأخرجها غيره بغير إذنه، أو فتح) غيره (عليها بابها) فأتلفت شيئاً ، (فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها) لأنه السبب ولا ضمان على من كانت بيده لعدم تفريطه ، (ولو كان ما أتلفته) البهائم المعارة ونحوها ليلاً ، (لربها ضمنه مستعير ونحوه) كمستأجر ومستودع إن فرط ، (وإن لم يفرط ربها ونحوه) كمستأجرها، ومستعيرها بأن ضمها ليلاً بحيث لا يمكنها الخروج فخرجت فأتلفت شيئاً ، (فلا ضمان) لعدم تفريطه ، (ولا يضمن) ربها ومستعيرها ونحوه (ما أفسدت من ذلك) أي من زرع، أو شجر، أو غيرهما (نهاراً) للحديث السابق. قال القاضي : هذه المسألة محمولة على المواضع التي فيها مزارع ومراعي ، فأما القرى العامرة التي لا مرعي فيها إلا بين مراحين كساقية وطرق زرع ، فليس له إرسالها بغير حافظ ، فإن فعل لزمه الضمان لتفريطه ، (وإن كان عليها) أي البهيمة (يد) كقائد (ضمن صاحب اليد) ما أفسدت من زرع وشجر وغيرهما ولو نهاراً . (قال الحارثي : لو جرت عادة بعض) أهل (النواحي بربطها نهاراً وإرسالها) ليلاً ، (وحفظ الزرع ليلاً فالحكم كذلك) أي إنه يضمن ربها ونحوه ما أفسدت ليلاً إن فرط لا نهاراً ، (لأن هذا) العرف (نادر ، فلا يعتبر به في التخصيص) أي تخصيص الحديث السابق

---

(١) الحديث أخرجه مالك في الموطأ برواية يحيى في كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة ، الحديث (٣٧) .

(٢) راجع الموطأ : ٧٤٨/٢ ، طبع عيسى الحلبي ، وأقول : إن الحديث وإن كان مرسلاً عند مالك فقد أخرجه أبو داود موصولاً في كتاب البيوع ، باب المواشي تفسد زرع قوم .

(ولو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت) أي رعت (فيه) أي في زرعه (ليلاً ووجد في الزرع أثر غنم ولم يكن هناك غنم لغيره قضي بالضمان) على صاحب الغنم، عملاً بالقرينة . وعبارة المنتهي : ومن ادعى أن بهائم فلان ، فلا تختص المسألة بالغنم.

(قال الشيخ) تقي الدين : (هذا من القيافة في الأموال وجعلها) أي القيافة (معتبرة) في الأموال (كالقيافة في الإنسان ، ويضمن غاصبها) أي البهائم (ما أفسدت ليلاً ونهاراً) فرط أو لم يفرط ، كانت يده عليها أو لا ، لتعديه إمساكها ، (ومن طرد دابة من مزرعته لم يضمن) ما أفسدته من مزرعة غيره (إلا أن يدخلها مزرعة غيره) فيضمن ما أفسدت منها لتسببه ، (وإن اتصلت المزارع) لم يطردها ، لأن ذلك تسليط على زرع غيره ، و(صبر ليرجع على ربها) بقيمة ما تأكله حيث لا يمكنه منعها إلا بتسليطها على مال غيره ، (ولو قدر أن يخرجها) من مزرعته ، (وله منصرف غير المزارع) يخرجها منه ، (فتركها) في مزرعته ، (فـ) ما أفسدت منها (هدر) لا ضمان على ربها فيه ، لأن رب الزرع هو المفرط إذن (والحطب على الدابة إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل يجد منحرفاً) أي موضعاً يتحول إليه ، (فـ) الخرق (هدر) لا يضمنه الحطاب لتقصير رب الثوب بعدم الانحراف . قلت : وقياسه لو جرحه ونحوه ، وكالحطب حديد ونحوه .

(وكذا لو كان) صاحب الثوب (مستدبراً فصاح به) حامل الحطب (منبهاً له) ووجد منحرفاً ولم ينحرف فخرق ثوبه ، فهدر . قلت : وكالمستدبر الأعمى إذا صاح عليه منبهاً له بالانحراف لموضع يمكنه الانحراف إليه ولم يفعل ، (وإلا) بأن لم يجد منحرفاً وهو مستقبل له، أو لم ينبهه وهو مستدبر (ضمنه) أي خرق الثوب (فيهما) حامل الحطب فيغرم أرشه، (ومن صال) أي وثب (عليه آدمي) صغير، أو كبير عاقل، أو مجنون ، قاله الحارثي (أو غيره) من البهائم والطيور (فقتله) المصول عليه (دفعاً عن نفسه لم يضمنه) إن لم يندفع بغير القتل ، لأنه قتله لدفع شره ، فكأن الصائل قتل نفسه ، (ولو دفعه) أي دفع إنسان الصائل (عن غيره ، غير ولده) أي القاتل (ونسائه) كزوجته ، وأمه ، وأخته ، وعمته ، وخالته (بالقتل) متعلق بدفعه (ضمنه) قال في القاعدة السابعة والعشرين : لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه ، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ، ذكره القاضي . وفي الفتاوي الرجبيات ، عن ابن عقيل وابن الزعفراني: لا ضمان عليه أيضاً . انتهى .

فما ذكره المصنف توسط بين القولين . قال الحارثي : وعن أحمد رواية بالمنع من قتال اللصوص في الفتنة ، فيترتب عليه وجوب الضمان بالقتل لأنه ممنوع منه إذن ، وهذا لا عمل عليه . انتهى .

قال في الإنصاف : أما ورود الرواية بذلك فمسلم ، وأما وجوب الضمان بالقتل ففي النفس منه شيء ، (ويأتي) ذلك (في) باب (حد المحاربين) بأوضح من هذا ، (وإذا عرفت البهيمة بالصول وجب على مالكها ، و) على (الإمام و) على (غيره) ممن يقدر على إتلافها (إتلافها إذا صالت) وقوله : (على وجه المعروف) متعلق بإتلافها ، أي وجب إتلافها على وجه لا تعذيب فيه لها ، لحديث : « إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ »[1] أو أن هذا القتل من المعروف ، فلذلك لم يختص به ربها ، بل خوطب به كل أحد ، لأن الأمر بالمعروف فرض كفاية ، (ولا تضمن) البهيمة المعروفة بالصول إذا قتلت حال صولها ، لأنها غير محترمة ، (كمرتد) وزان محصن ، (ولو حالت بهيمة بينه وبين ماله ولم يصل إليه) أي ماله (إلا بقتلها فقتلها لم يضمنـ) ـها لعدم احترامها لصولها، (وإن اصطدمت سفينتان) واقفتان ، أو مصعدتان ، أو منحدرتان ، (فغرقتا ضمن كل واحد منهما) أي من القيمين (سفينة الآخر وما فيها) من نفس ومال (إن فرط) لأن التلف حصل بسبب فعليهما ، فوجب على كل منهما ضمان ما تلف بسبب فعله كالفارسين إذا اصطدما .

(وإن لم يفرط) واحد منهما (فلا ضمان على واحد منهما) لعدم مباشرته التلف وتسببه فيه ، (وإن فرط أحدهما) دون الآخر (ضمن) المفرط (وحده) ما تلف بتفريطه لتسببه في إتلافه ، (و) إذا اختلفا في التفريط ، فا (لقول قول القيم ، وهو الملاح مع يمينه في غلبة الريح) إياه ، (وعدم التفريط) لأنه منكر ، والأصل براءته ، (والتفريط أن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى) فلم يفعل ، (أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى) لاصدم معها ، (فلم يفعل ، أو لم يكمل) القيم (آلتها من الرجال والحبال وغيرهما) كالمراسي والأخشاب التي يحتاج إليها في حفظها ، (ولو تعمدا) أي القيمان (الصدم ، فـ) هما (شريكان في) ضمان (إتلاف كل منهما) أي من السفينتين، (و) في ضمان إتلاف (من فيهما) أي السفينتين من الأنفس والأموال، لأنه تلف حصل بفعلهما فاشتركا في ضمانه ، أشبه ما لو خرقاهما ، وإن تلف بسبب ذلك آدمي محترم ، (فإن قتل غالباً) ما وجد من فعلهما ، (فـ) عليهما (القود) بشرطه من المكافأة ونحوها ، لأنهما تعمدا القتل بما يقتل غالباً ، أشبه ما لو ألقياه في لجة البحر بحيث لا يمكنه التخلص فغرق ، (وإلا) بأن لم يقتل غالباً بأن فعلا قريباً من

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح : ١٥٤٨/٣ ، كتاب الصيد والذبائح ، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل ، الحديث (١٩٥٥/٧٥) .

الساحل ، (فـ) هو (شبه عمد) كما لو ألقاه في ماء قليل فغرق به ، (ولا يسقط فعل الصادم في حق نفسه مع عمد) أي مع تعمدهما الصدم بل يعتد به ، فكل منهما شارك الآخر في قتل نفسه ، فإن مات أحدهما فليس لورثته إلا نصف ديته ، وإن مات وجب لكل منهما نصف ديته من تركة الآخر ، فإن استويا سقطا وإلا فيقدر الأقل ، ومفهومه أنه سقط مع خطأ ، فتجب الدية كاملة على العاقلة ، (وإن خرقها) أي خرق السفينة إنسان (عمدا فغرقت بمن فيها) من الأنفس والأموال ، (وهو) أي خرقه إياها (مما يغرقها غالباً، أو يهلك من فيها) غالباً (لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة) وإن لم يكونوا في اللجة ، (فعليه) أي الخارق لها (القصاص إن قتل) بسبب ذلك (مَن يجب القصاص بقتله) لأنه أهلكه بفعله ، (و) عليه أيضاً (ضمان السفينة) لربها، فيغرم قيمتها إذا تلفت وأرش نقصها إن لم تتلف (بما) أي مع ضمان ما (فيها من مال أو نفس) من آدمي أو حيوان محترم ، (وإن كان) خرقها (خطأ) بأن كان بالسفينة محل يحتاج إلى الإصلاح فقلع منه لوحاً ليصلحه، أو ليضع عوضه في مكان لا يغرق به من فيها غالباً ، فغرقوا بسبب ذلك (عمل بمقتضاه) وكذا إن كان شبه عمد بأن قلع اللوح من غير داع إلى قلعه ، لكن في مكان قريب من الساحل لا يغرق به من فيها غالباً ، فغرق ، فلا قصاص فيهما ، لكن لكل منهما حكمه في الضمان على ما يأتي تفصيله في الديات ، (وإن كانت إحدى السفينتين واقفة ، و) كانت (الأخرى سائرة) واصطدمتا فغرقتا (ضمن قيم) السفينة (السائرة) السفينة (الواقفة إن فرط) بأن أمكنه ردها ولم يفعل ، أو لم يكمل آلتها من رجال وحبال وغيرهما ، لأن التلف حصل بتقصيره ، أشبه ما لو نام وتركها سائرة بنفسها حتى صدمتها ، وأما قيم الواقفة فلا ضمان عليه ، لأنه لم يوجد منه تعد ولا تفريط ، أشبه النائم في الصحراء إذا عثر به إنسان فتلف ، (ويأتي إذا اصطدم نفسان في كتاب) الديات مفصلاً ، (وإن كانت إحداهما منحدرة) والأخرى مصعدة ، (فعلى صاحبها) أي المنحدرة (ضمان المصعدة) لأن المنحدرة تنحط على المصعدة من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها ولا ضمان على قيم المصعدة ، تنزيلاً للمنحدرة منزلة السائرة، وللمصعدة منزلة الواقفة، (إلا أن يكون) قيم المنحدرة (غلبة الريح) أو نحوه عن ضبطها ، (أو) إلا أن يكون (الماء شديداً) . وفي نسخة : الشديد (الجرية ، فلم يقدر على ضبطها) فلا ضمان عليه ، لأنه لا يدخل في وسعه ، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، ولأن التلف يمكن استناده إلى الريح ، أو شدة جريان الماء . قال الحارثي : وسواء فرط المصعد في هذه الحالة أو لا على ما صرح به في الكافي ، وأطلقه الأصحاب وأحمد . قال في المغني : إن فرط المصعد بأن أمكنه

العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط ، فالضمان على المصعد ، لأنه المفرط . قال الحارثي : وهذا صريح في أن المصعد يؤاخذ بتفريطه ، (ولو أشرفت السفينة على الغرق، فـ) الواجب (على الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة) أي يجب إلقاء ما تظن به النجاة من المتاع ولو كله ، دفعاً لأعظم المفسدتين بأخفهما ، لأن حرمة الحيوان أعظم من حرمة المتاع ، (ويحرم إلقاء الدواب) المحترمة ، (حيث أمكن التخفيف بالأمتعة) لما تقدم ، (وإن ألجأت الضرورة إلى إلقائها) أي الدواب (جاز) إلقاؤها (صوناً للآدميين) لأنهم أعظم حرمة (والعبيد) في وجوب الحفظ (كالأحرار) لاستوائهم في الحرمة ، (وإن تقاعدوا) حال الإشراف على الغرق (عن الإلقاء) عن المتاع أو مع الدواب (مع الإمكان) ودعاء الضرورة إليه (أثموا) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [1] .

(ولا يجب الضمان فيه) أي فيما يلقيه من متاعه عند الإشراف على الغرق ، فلا يضمنه له أحد ، (ولو ألقى متاعه ومتاع غيره) مع عدم امتناعه ، (فلا ضمان على أحد) من الملقى أو غيره ، لأنه محسن ، (وإن امتنع) إنسان (من إلقاء متاعه فللغير إلقاؤه من غير رضاه) لأنه قام عنه بواجب ، (ويضمنه) أي المتاع الملقي مع امتناع ربه (الملقي) له لأنه أتلف مال الغير بغير رضاه ، (وتقدم بعض ذلك في الضمان) فليعاود (من أتلف) مزماراً ونحوه بأن حرقه وألقاه في نحو بحر ، (أو كسر مزماراً) بكسر الميم (أو طنبوراً) بضم أوله (أو صليباً ، أو) كسر (إناء ذهب أو فضة) لم يضمنه ، وأما إذا أتلفه فإنه يضمنه بوزنه ذهباً أو فضة بلا صناعة كما تقدم .

قال الحارثي : لا خلاف فيه . انتهى . والفرق بينه وبين آلة اللهو : أن الذهب والفضة لا يتبعان الصنعة ، بل هما مقصودان عملاً، أو كسراً ، والخشب والرق يصيران تابعين للصناعة ، فالصناعة في الذهب والفضة كالغناء في الآدمية ، لأن الصناعة أقل من الأصل ، والخشب والرق لا يبقى مقصوداً بنفسه ، بل يتبع الصورة ، أشار إليه ابن عقيل، (أو) كسر، أو شق (إناء فيه خمر مأمور بإراقتها) وهي ما عدا خمر الخلال وخمر الذمي المستترة ، لم يضمن إناءها تبعاً لها ، (ولو قدر على إراقتها بدونه) أي بدون كسر الإناء أو شقه ، لأمره ﷺ: بكسر دنانها ، رواه الترمذي ، وأمره بشق زقاقها، رواه أحمد، (أو أتلف) إنسان (آلة لهو) بكسر، أو حرق، أو غيرهما، (ولو) كانت (مع صغير) وآلة اللهو (كعود وطبل) غير طبل حرب ، (و) كـ (ـدف

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٥ .

بصنوج أو حلق) لم يضمنه بخلاف دف لا حلق فيه، ولا صنوج وطبل حرب فيضمنهما متلفهما لإباحتهما ، (أو) كـ (نرد أو شطرنج) قال في الفروع : ظاهر كلام الأصحاب أن الشطرنج من آلة اللهو ، قيل : بل هي من أعظمها ، وقد عم البلاء بها ، (أو) أتلف بحرق أو غيره (آلة سحر ، أو تعزيم، أو تنجيم، أو) أتلف (صور خيال، أو) أتلف أوثاناً ، أو خنزيراً ، أو أتلف (كتب مبتدعة مضلة ، أو) أتلف (كتب أكاذيب ، أو سخائف لأهل الخلاعة والبطالة ، أو) أتلف (كتب كفر) لم يضمنها لعدم احترامها ، (أو حرق مخزن خمر) قال في الهدي : يجوز تحريق أماكن المعاصي وهدمها ، كما حرق ﷺ مسجد الضرار وأمر بهدمه ، (أو) أتلف (كتاباً فيه أحاديث رديئة) أي تفرد بها وضاع ، أو كذاب . قال في شرح المنتهى : وظاهره ولو كان معها غيرها ، ويؤيد ذلك: ما قاله في الفنون ، وهو أنه يجوز إعدام الآية من كتب المبتدعة لأجل ما هي فيه ، وإهانة لما وضعت له ولو أمكن تمييزها ، (أو) كسر (حلياً محرماً على ذكر لم يستعمله) أي يتخذه (يصلح للنساء لم يضمنه) لعدم احترامه ، وأما إذا أتلفه فقد تقدم أن محرم الصناعة يضمن بمثله وزناً وتلغى صناعته . قال في الآداب الكبرى : ولا يجوز تخريق الثياب التي عليها الصور ، ولا الرقوم التي تصلح بسطاً ومضارج وتداس ، ولا كسر الحلي المحرم على الرجل إن صلح للنساء . قال في موضع آخر : ولم يستعمله الرجال ، (وإن تلفت حامل ، أو) تلف (حملها من ريح طبيخ علم ربه ذلك عادة ضمن) ما تلف بسببه ، فإن لم يعلمه عادة لها فلا ضمان .

قلت : ويقبل قوله في عدم العلم ، لأن الأصل براءته ، لكن إن طلبت وامتنع ضمن، لأنه إنما يعلم من قبلها . (قال الشيخ : وللمظلوم الاستغاثة بمخلوق) أي في دفع المظلمة عن نفسه ، (فـ) استعانته (بخالقه أولى) من استعانته بالمخلوق ، (وله) أي المظلوم (الدعاء بما آله) أي بسبب ما آله (بقدر ما يوجبه ألم ظلمه) ، و(لا) يجوز له الدعاء (على من شتمه، أو أخذ ماله بالكفر) لأنه فوق ما يوجبه ألم ظلمه ، (ولو) كذب) ظالم (عليه) أي على إنسان (لم يفتر) أي لم يكذب (عليه) أي الكاذب ، (بل يدعو الله فيمن يفتري عليه نظيره ، وكذا إن أفسد) إنسان (عليه دينه) فلا يفسد هو عليه دينه ، بل يدعو الله عليه فيمن يفسد عليه دينه ، هذا مقتضى التشبيه والتورع عنه أولى . (قال أحمد : الدعاء قصاص ، ومن دعا على من ظلمه فما صبر ، يريد أنه انتصر) لنفسه لقوله ﷺ : « مَنْ دَعَا عَلَى مَنْ ظَلَمَهُ فَقَدِ انْتَصَرَ » رواه الترمذي عن عائشة ، (ولمن صبر) فلم ينتصر (وغفر) تجاوز (إن ذلك) الصبر والتجاوز (لمن عزم الأمور) أي معزوماتها بمعنى المطلوبات شرعاً .

باب الشفعة

- بإسكان الفاء - من الشفاعة أي الزيادة أو التقوية ، أو من الشفع وهو أحسنها ، فإن الشفع هو الزوج ، والشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه ، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه فصار شفعاً ، والشافع هو جاعل الوتر شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وهي ثابتة بالسنة ، فروى جابر أن النبي ﷺ « قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ » [1] رواه أحمد والبخاري ، وحكى ابن المنذر الإجماع عليها ، (وهي استحقاق الشريك) في ملك الرقبة ولو مكاتباً (انتزاع حصة شريكه) إذا انتقلت إلى غيره (من يد من انتقلت) حصة الشريك (إليه ، إن كان) المنتقل إليه (مثله) أي الشفيع في الإسلام أو الكفر (أو دونه) بأن كان الشفيع مسلماً والمشتري كافراً ، فإن كان بالعكس فلا شفعة ، ويأتي .

وقوله : (بعوض مالي) متعلق بانتقلت ، وقوله : (بثمنه) أي نصيب الشريك (الذي استقر عليه العقد) متعلق بانتزاع ، فخرج بقوله : « الشريك » الجار والموصي له بنفع دار إذا باعها ، أو بعضها وارث ، لأن الموصى له ليس بمالك لشيء من الدار، وقوله: « بعوض » مخرج للموروث والموصي به والمرهون بلا عوض ونحوه ، وقوله : «مالي» مخرج للمجعول عوضا عن مهر ، أو خلع ، أو دم عمد ، صلحاً ونحوه . قال الحارثي : وأورد على قيد الشركة أنه لو كان من تمام الحد لما حسن أن يقال : هل تثبت الشفعة للجار أو لا ؟ انتهى .

ويرد بأن السؤال لا يكون ممن عرف هذا الحد ، وإنما يكون من الجاهل به ، فيجاب بأن الشفعة استحقاق الشريك لا الجار ، (ولا يحل الاحتيال لإسقاطها) أي الشفعة . قال الإمام أحمد : لا يجوز شيء من الحل في إبطالها ولا إبطال حق مسلم ، واستدل الأصحاب بحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتْ الْيَهُودُ فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ » [2] قاله في المغني وغيره ، ورواه ابن بطة بإسناده ، وقد حرم الله الحيل في كتابه في مواضع .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب بيع الشريك من شريكه ، وفي كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم ، وكذا أخرجه أحمد في المسند : ٣٠٣/٣ ضمن مسند جابر رضي الله عنه .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند أبي هريرة .

(ولا تسقط) الشفعة (به) أي بالاحتيال لإسقاطها ، لأنها وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر ، (والحيلة أن يظهرا) أي المتعاقدان (في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ، و) أن (يتواطآ في الباطن على خلافه) أي خلاف ما أظهراه ، (فمن صور الاحتيال : أن تكون قيمة الشقص) بكسر الشين أي النصيب (مائة وللمشتري عرض قيمته مائة فيبيعه) أي فيتواطآن على بيع (العرض) لمالك الحصة (بمائتين ، ثم يشتري الشقص منه بمائتين فيتقاصان أو يتواطآن على أن) يبيعه الشقص بمائتين ، ثم (يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين ، وهي) أي العشرة الدنانير (أقل) قيمة (من المائتين) من الدراهم ، (فلا يقدم الشفيع عليه) أي على أخذ الشقص (لنقصان قيمته عن المائتين ، ومنها) أي صور الاحتيال (إظهار كون الثمن مائة ويكون المدفوع) ثمناً باطناً (عشرين فقط . ومنها أن يكون كذلك) أي أن يظهرا أن الثمن مائة (فيبرئه) البائع (من ثمانين) من المائة ويأخذ عشرين ، (ومنها) أي من صور الاحتيال (أن يهبه) البائع (الشقص ويهبه الموهوب له الثمن) بعد أن تواطآ على ذلك (ومنها أن يبيعه الشقص بصبرة دراهم معلومة) بـ (المشاهدة مجهولة المقدار) ليمنع الشفيع من الشفعة لجهالة قدر الثمن ، (أو) يبيعه الشقص (بجوهر ونحوها) مما تجهل قيمته ليمنع أخذ الشفيع بالشفعة ، (فالشفيع على شفعته في جميع ذلك) المذكور من الصور كما تقدم ، (فيدفع) الشفيع إذا أخذ بالشفعة (في) الصورة (الأولى) وهي ما إذا كانت قيمة الشقص مائة ، وللمشتري عرض قيمته مائة فأظهرا ببيع كل منهما بمائتين وتقاصا (قيمة العرض مائة) لأنها الثمن حقيقة ، (أو) يدفع فيما إذا كانت قيمة الشقص مائة وأظهرا البيع بمائتين ثم عوضه عنها عشر دنانير (مثل العشرة دنانير) دون المائتين لأنها غير مقصودة باطناً ، (و) يدفع (في) الصورة (الثانية) وهي ما إذا أظهر أن الثمن مائة والمدفوع عشرون فقط عشرين ، (و) في (الثالثة) وهي ما إذا أظهرا أن الثمن مائة وأبرأه من ثمانين (عشرين) لأن ما زاد عليها ليس مقصوداً حقيقة ، (و) يدفع (في) الصورة (الرابعة) وهي ما إذا أظهرا التواهب (مثل الثمن الموهوب له) أي للبائع ، (و) يدفع (في) الصورة (الخامسة) وهي ما إذا باعه بصبرة دراهم مشاهدة مجهولة القدر حيلة ، أو بجوهرة ونحوها مجهولة القيمة حيلة (مثل الثمن المجهول) من الدراهم ، (أو قيمته) إذا كان جوهرة ونحوها (إن كان) الثمن (باقياً ، ولو تعذر معرفة الثمن) مع الحيلة (بتلف) الثمن المعقود عليه (أو موت) العبد ونحوه المجعول ثمناً (دفع) الشفيع (إليه) أي المشتري (قيمة الشقص) المشفوع ، لأن الأصل في

عقود المعاوضات أن يكون العوض فيها بقدر القيمة ، لأنها لو وقعت بأقل أو أكثر لكانت محاباة ، والأصل عدمها .

« تتمة » في الفائق : قلت : ومن صور التحيل :

أن يقفه المشتري أو يهبه حيلة لإسقاطها ، فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة . ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل مذهب أحمد ، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى .

قال في القاعدة الرابعة والخمسين : هذا الأظهر ، (وإن تعذر) علم قدر الثمن (من غير حيلة) في إسقاط الشفعة (بأن قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن) ولا بينة به ، (فقوله) أي المشتري (بيمينه) أنه لا يعلم قدر الثمن ، (وأنه لم يفعله حيلة) على إسقاط الشفعة ، لأن الأصل عدم ذلك ، (وتسقط الشفعة) حيث جهل قدر الثمن بلا حيلة كما لو علم قدره عند الشراء ثم نسي ، لأن الشفعة لا تستحق بغير بدل ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه ، ودعواه لا تمكن مع جهله .

(فإن اختلفا) أي المشتري والشفيع (هل وقع شيء من ذلك حيلة) على إسقاط الشفعة (أو لا) بأن قال الشفيع : وقع ذلك حيلة ، وأنكره المشتري ، (فـ) القول (قول المشتري مع يمينه) أنه لم يقع حيلة ، لأن الأصل عدمه ، ولأنه منكر ، (وتسقط) الشفعة إذا حلف المشتري ، فإن نكل قضى عليه بالنكول ، (وإن خالف أحدهما) أي المتعاقدين (ما تواطآ عليه) وأظهرا خلافه ، كما لو تواطآ على أن الثمن عشرون وأظهراه مائة ، (فطالب) البائع (صاحبه) أي المشتري (بما أظهراه) أي المائة (لزمه) دفع المائة) في (ظاهر الحكم) لأن الأصل عدم التواطؤ .

قلت : إن لم تقم بينة بالتواطؤ ، وله تحليف البائع أنه لم يتواطأ معه على ذلك .

(ولا يحل في الباطن لمن غر صاحبه الأخذ) أي لا يحل باطنا للبائع أن يأخذه من المشتري (بخلاف ما تواطآ عليه) بأن يأخذ منه زيادة لأنه ظلم ، (ولا تثبت) الشفعة (إلا بشروط خمسة :

أحدها : أن يكون الشقص) المنتقل عن الشريك (مبيعاً ، أو مصالحاً به صلحاً بمعنى البيع) بأن يقر له بدين، أو عين ، فيصالحه عن ذلك بالشقص ، (أو) يكون الشقص (مصالحاً به عن جناية موجبة للمال) كقتل الخطأ، وشبه العمد، وأرش الجناية ونحوها ، (أو) يكون الشقص (موهوباً هبة مشروطاً فيها الثواب) أي عوض (معلوم) لأن الشفيع يأخذه بمثل الثمن الذي انتقل به إلى المشتري ، ولا يمكن هذا في غير المبيع ، وألحق بالبيع المذكورات بعده ، لأنها بيع في الحقيقة ، لكن بألفاظ أخر ، (فلا شفعة فيما)

أي في شقص (انتقل) عن ملك الشريك (بغير عوض بحال) أي لا ما لي ولا غيره (كموهوب) بغير عوض ، (وموصي به وموروث ونحوه) كدخوله في ملكه بطلاق قبل الدخول ، بأن أصدقت امرأة أرضاً وباعت نصفها ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فإنه يرجع إليه النصف الباقي في ملكها ، ولا شفعة للمشتري من المرأة عليه ، (ولا) شفعة أيضاً (فيما عوضه غير مال كصداق، وعوض خلع)، أو طلاق، أو عتق (وصلح عن دم عمد) لأن ذلك ليس له عوض يمكن الأخذ به ، فأشبه الموهوب والموروث ، وفارق البيع لأنه يأخذ بعوضه ، فلو جني جنايتين عمداً، أو خطأ ، فصالحه منهما على شقص أخذ بها في نصف الشقص ، أي ما يقابل الخطأ دون باقيه ، لأن الصفقة جمعت ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه ، فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر ، كما لو باع شقصاً وسيفاً ، ومن قال لأم ولده : إن خدمت ولدي حتى يستغنى فلك هذا الشقص ، فخدمته إلى الفطام استحقته ولا شفعة فيه ، لأنه موصي به بشرط ، (و) لا شفعة أيضاً في (ما) أي شقص (أخذه) المنتقل إليه (أجرة، أو جعالة، أو ثمناً في سلم) إن صح جعل العقار رأس مال سلم (أو عوضاً في كتابة) لأنه لا يمكن الأخذ بقيمة الشقص، ولأنها ليست بعوضه في المسائل الأربع ، ولا بقيمة مقابلة من النفع والعين ، وأيضاً الخبر وارد في البيع ، وليست هذه في معناه ، ورد الحارثي ذلك ، وصحح جريان الشفعة قولاً واحداً ، (ومثله) أي مثل ما عوضه غير مال (ما) أي شقص (اشتراه الذمي بخمر، أو خنزير) لأنهما ليسا بمال ، (ولا تجب) الشفعة (بفسخ يرجع به الشقص إلى العاقد) أي البيع (كرده) أي رد المشتري الشقص (بعيب أو مقابلة ، أو لغبن ، أو اختلاف متبايعين) في الثمن ، أو خيار مجلس ، أو شرط أو تدليس ، لأن الفسخ رفع لعقد ، فليس بيعاً ولا في معناه .

★ ★ ★

(فصل في احكام بيع الشقص)

الشرط الثاني : أن يكون المبيع وما بمعناه (شقصاً مشاعاً مع شريك ولو مكاتباً من عقار) بفتح العين يعني أرضاً (ينقسم) أي تجب قسمته بطلب بعض الشركاء (قسمة إجبار) لقوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الحُدُودُ فَلا شُفْعَةَ » [1] رواه الشافعي ، ولقوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وصُرِفَتْ

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشفعة ، باب الشفعة فيما لم يقسم ، وأخرجه الشافعي في الأم ، كتاب الشفعة .

الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ »[1] رواه أبو داود ، فإن قيل : إنما نفى الشفعة بصرف الطرقات ، وهي للجار غير مصروفة . أجيب : بأن الطرقات التي تنصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطرق به الشريك ليصل إلى ملكه ، فإذا وقعت القسمة انصرف استطراقه في ملك شريكه ، وأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تنصرف أبداً .

(فأما المقسوم المحدود فلا شفعة لجاره فيه) لما تقدم ، وأما حديث « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِه » رواه البخاري وأبو داود . قال في القاموس : أي بما يليه ويقرب منه ، وحديث « جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ » رواه الترمذي ، وقال : حسن صحيح ، وحديث : « الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إِذَا كَانَ غَائِباً إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِداً »[2] رواه الترمذي وحسنه ، فقد أجيب عن الأول بوجهين :

أحدهما : أنه أبهم الحق ولم يصرح به ، فلم يجز أن يحمل على العموم .

والثاني : أنه محمول على أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار ، أو يكون مرتفعاً به .

وعن الثاني : بأن الحسن رواه عن سمرة ، وأهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له ، ومن أثبت لقاءه إياه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة ، ولو سلم لكان عنه الجوابان المذكوران .

وعن الثالث : بأن شعبة قال : سمي فيه عبد الملك بن سليمان الذي الحديث من روايته ، وقال الإمام أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه غير عبد الملك ، وقد أنكر عليه ، ثم يحتمل أن المراد بالجار في الأحاديث : الشريك ، فإنه جار أيضاً ، لأن اسم الجوار يختص بالقريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان أحق باسم الجوار ، وقد أطلقت العرب على الزوجة جارة لقربها . قال الأعشى : أجارتنا بيني فأنت طالق .

(ولا) شفعة (في طريق نافذ) لقوله ﷺ : « لا شُفْعَةَ فِي فِنَاءٍ وَلَا فِي طَرِيقٍ وَلَا مَنْقَبَةٍ » رواه أبو عبيد في الغريب . و« المنقبة » : الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن

---

(١) راجع تخريج ما قبله .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٣٠٣/٣ ، والدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، وأبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، الحديث (٣١٥٨) ، والترمذي في السنن ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الشفعة للغائب ، الحديث (١٣٦٩) ، وابن ماجة في السنن: ٨٣٢/٢ ، كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، الحديث (٢٤٩٤) .

يسلكه أحد ، (فإن كان) طريق (غير نافذ لكل واحد من أهله فيه باب فباع أحدهم داره فيه) أي في الطريق غير النافذ (بطريقها، أو باع الطريق وحده وكان الطريق لا يقبل القسمة ، أو) كان الطريق (يقبلها وليس لدار المشتري طريق إلى داره سوى تلك الطريق ، ولا يمكن فتح باب لها) أي لدار المشتري (إلى شارع) أي طريق نافذ ، (فلا شفعة) للحديث السابق ، ولحصول الضرر على المشتري بوجوبها ، لأن الدار تبقى لا طريق لها ، (ولو كان نصيب المشتري) للدار بطريقها أو لطريقها (من الطريق أكثر من حاجته) في الاستطراق ، لأن في وجوبها في الزائد تبعيض صفقة المشتري ، ولا يخلو من الضرر ، (وإن كان الطريق يقبل القسمة) لسعته ، (ولدار المشتري طريق آخر إلى شارع) أو غيره ، (أو) لم يكن لها طريق ، لكن (أمكن فتح باب لها إلى شارع وجبت) الشفعة في الطريق المشترك المذكور ، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، فوجبت فيه الشفعة كغيره ، (وكذا) أي كالطريق المشترك في وجوب الشفعة وعدمه على التفصيل المتقدم (دهليز دار ، وصحن دار مشتركان) والدهليز -بكسر الدال- ما بين الباب والدار ، والصحن وسط الدار ، فإذا بيعت دار لها دهليز مشترك ، أو بيت بابه في صحن دار مشترك ، ولا يمكن الاستطراق إلى المبيع إلا من ذلك الدهليز أو الصحن فلا شفعة فيهما للضرر ، وإن كان له باب آخر ، أو أمكن فتح باب له إلى شارع وجبت لوجود المقتضى وعدم المانع .

(ولا شفعة بالشرب) - بكسر الشين المعجمة وسكون الراء المهملة - (وهو النهر أو البئر) أو العين (يسقى أرض هذا ، و) يسقى (أرض هذا ، فإذا باع أحدهما أرضه) المفرزة ، (فليس للآخر الأخذ) بالشفعة ، (بـ) سبب (حقه من الشرب) لعموم ما سبق ، (ولا) شفعة (فيما لا تجب قسمته) إذا طلبها أحد الشركاء (كحمام صغير وبئر ، وطرق ، وعراص ضيقة) ، ورحى صغيرة ، وعضادة ، لحديث أبي عبيد السابق، ولقول عثمان : « لا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلَا نَخْلٍ » ، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة . وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع .

وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدي إثباتها إلى نفيها ، فإن كان الحمام كبيراً تمكن قسمته حمامين ، أو أمكنت قسمة البئر بئرين ، أو كان مع البئر بياض أرض ، بحيث تحصل البئر في أحد النصيبين ، وجبت الشفعة ، وكذا الرحي .

(ولا) شفعة أيضاً (فيما ليس بعقار كشجر) مفرد (وحيوان وبناء مفرد) عن أرض (وجوهر وسيف ونحوها) كسفينة وزرع وثمرة ، لأن من شرط وجوبها أن يكون المبيع

أرضاً ، لأنها هي التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، (إلا أن الغراس والبناء يؤخذان تبعاً للأرض) لقضائه ﷺ « بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مُشْتَرَكٍ لَمْ يُقْسَمْ رِبعَهُ أَوْ حَائِطاً » وهذا يدخل فيه البناء والأشجار ، (وكذا نهر وبئر وقناة ودولاب) ، فتؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض لا مفردة .

و(لا) يؤخذ بالشفعة تبعاً ولا مفرداً (ثمرة) قال في المغني والشرح ظاهره (و) لا (زرع) لأنهما لا يدخلان في البيع فلا يدخلان في الشفعة ، كقماش الدار لأن الشفعة بيع في الحقيقة ، لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري ، (فإن بيع الشجر) مع أرض فيها شفعة وأخذ الشجر تبعاً للأرض بالشفعة ، (وفيه) أي الشجر (ثمرة غير ظاهرة ، كالطلع غير المتشقق دخل) الثمر (في الشفعة) أي المشفوع تبعاً له حيث أخذه الشفيع قبل التشقق ، لأنه يتبع في البيع ، فتبع في الشفعة ، لأنها بيع في المعنى ، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتر إلى أوان أخذه ، ويأتي مفصلاً ، (وإن بيعت حصة من علو دار مشترك) أي العلو ، (وكان السقف الذي تحته لصاحب السفل) وحده ، (أو) كان السقف (لهما) أي لصاحب السفل والعلو ، (أو) كان السقف (لصاحب العلو ، فلا شفعة في العلو) لأنه بناء مفرد ، (ولا) شفعة أيضاً في السقف ، لأنه لا أرض له ، فهو كالأبنية المفردة ، (وإن كان السفل مشتركاً) بين اثنين فأكثر ، (والعلو خالص لأحد الشريكين ، فباع) رب العلو نصيبه من السفل ، فللشريك الشفعة في السفل فقط) دون العلو ، لعدم الشركة فيه .



(فصل في الشرط الثالث للشفعة)

الشرط الثالث للشفعة : (المطالبة بها على الفور) ساعة يعلم بالبيع ، لقوله ﷺ : «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا » [(١)] رواه الفقهاء في كتبهم ، ورده الحارثي بأنه لا يعرف في كتب الحديث ، ولقوله أيضاً في رواية « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ » [(٢)] رواه ابن ماجة ، ولأن

---

(١) الحديث لم أقف على لفظه ، ولم أجد من ذكره من أصحاب الكتب المعتمدة في السنة .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٣٥ ، كتاب الشفعة ، باب طلب الشفعة ، الحديث (٢٥٠٠) ، وفي الزوائد : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني ، قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه ، وإذا روى عن محمد بن الحارث فهما ضعيفان ، وقال : حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة ، لا يجوز الاحتجاج به ، ولا أذكره إلا على وجه التعجب ، ومعنى قوله : «كحل العقال » ، قال السبكي في شرح المنهاج: المشهور أن معناه أنها تفوت إن لم يبتدر إليها كالبعير الشرود يحل عقاله ، وذكر السيوطي أن معناه حل البيع عن الشقيص أي الشريك وإيجابه لغيره .

ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه (بأن يشهد) الشفيع (بالطلب) بالشفعة (حين يعلم) بالبيع (إن لم يكن) للشفيع (عذر) يمنعه من الطلب، (ثم) إذا أشهد على الطلب (له أن يخاصم) المشتري ، (ولو بعد أيام) أو أشهر، أو سنين ، لأن إشهاده دليل على رغبته ، (ولا يشترط في المطالبة حضور المشتري لكن إن كان المشتري غائباً عن المجلس حاضراً في البلد ، فالأولى أن يشهد على الطلب) خروجاً من خلاف من اشترطه ، كالقاضي في الجامع الصغير ، وأبي حنيفة ، والمراد من عدم اشتراط حضور المشتري عند المطالبة : أنه لا تعتبر مواجهة الشفيع له . قال الحارثي: المذهب الإجزاء ، ونقله عن ابن الزاغوني . قال : وهو ظاهر ما نقله أبو طالب عن أحمد ، وهو قياس المذهب أيضاً ، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في رؤوس مسائله والقاضي أبي الحسين في تمامه ، وصرح به في المحرر ، لكن بقيد الإشهاد ، وهو المنصوص من رواية أبي طالب والأثرم ، وهذا اختيار أبي بكر ، وإيراد المصنف - أي الموفق - هنا يقتضي عدم الإجزاء وأن الواجب المواجهة . قال : وقد صرح به في العمدة. انتهى . والثاني مقتضى كلامه في المنتهى .

(ولا) على الأول : فالأولى أيضاً أن (يبادر) الشفيع (إلى المشتري) فيطالبه (بنفسه أو بوكيله) بالشفعة ، خروجاً من الخلاف ، (فإن بادر هو) أي الشفيع (أو) بادر (وكيله) فطالب المشتري بالشفعة (من غير إشهاد) أنه على شفعته ، (فهو على شفعته) لعدم تأخيره الطلب ، (فإن كان) للشفيع (عذر) يمنعه الطلب (مثل أن لا يعلم) بالبيع ، فأخر إلى أن علم وطالب ساعة علم ، (أو علم) الشفيع بالبيع (ليلاً فأخره) أي الطلب (إلى الصبح) مع غيبة مشتر عنه ، (أو) أخر الطلب (لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب) مع غيبة مشتر ، (أو) أخر الطلب محدث (لطهارة) مع غيبة ، (أو) أخره لـ (إغلاق باب، أو ليخرج من الحمام، أو ليقضي حاجته) من بول أو غائط ، (أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة بسنتها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها ونحوه) كمن علم ، وقد انخرق ثوبه ، أو ضاع منه مال، فأخر الطلب ليرقع ثوبه، أو يلتمس ما سقط منه (لم تسقط) الشفعة ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه، أو يحرك دابته ، فلم يفعل ومضى على حسب عادته ، (إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده) أي الشفيع (في هذه الأحوال) فتسقط بتأخيره ، لأنه مع حضوره يمكنه مطالبته من غير اشتغال عن إشغاله (إلا الصلاة) فلا تسقط الشفعة بتأخير الطلب للصلاة وسننها ، ولو مع حضور المشتري عند الشفيع ، لأن العادة تأخير الكلام عن

الصلاة ، (وليس عليه) أي الشفيع (تخفيفها) أي الصلاة ، (ولا الاقتصار على أقل ما يجزيء) في الصلاة ، لأن إكمالها لا يدل على رغبته عن الشفعة ، (فإذا فرغ) الشفيع (من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري) ليطالبه بالشفعة ، (وليس عليه) أي الشفيع (أن يسرع في مشيه) إن مشى ، (أو يحرك دابته) إن ركب ، لأن الطلب المشروط هو الطلب بحكم العادة ، (فإذا لقيه بدأه بالسلام ثم يطالب) لأنه السنة. وفي الحديث : « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ فَلا تَجِيبُوهُ » رواه الطبراني في الأوسط وأبو نعيم في الحلية من حديث ابن عمر .

(فإن قال) الشفيع (بعد السلام متصلاً : بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له) أي للمشتري (بالمغفرة ونحو ذلك) كان دعاء له بالمعونة (لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فهو من جملته ، والدعاء له) أي للمشتري (بالبركة في الصفقة دعاء) من الشفيع (لنفسه ، لأن الشقص يرجع إليه) أي الشفيع إذا أخذه بالشفعة ، (فلا يكون) ذلك الدعاء (رضا) بترك الشفعة ، (فإن اشتغل) الشفيع (بكلام آخر) غير الدعاء ، (أو) سلم ثم (سكت لغير حاجة بطلت) شفعته لفوات شرطها وهو الفور ، (ويملك) الشفيع (الشقص) المشفوع (بالمطالبة) بالشفعة ، (ولو لم يقبضه مع ملاءته بالثمن) لأن البيع السابق سبب ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول ، (فيصح تصرفه) أي الشفيع (فيه) أي الشقص المشفوع ، لانتقال الملك إليه ، (ويورث) الشقص (عنه) أي الشفيع إذا مات بعد الطلب كسائر أملاكه ، (ولا يعتبر) لانتقال الملك إلى الشفيع (رضا مشتر) لأنه يؤخذ منه قهراً والمقهور لا يعتبر رضاه ، (ولفظ الطلب) للأخذ بالشفعة أن يقول : (أنا طالب) بالشفعة ، (أو) أنا (مطالب) بالشفعة ، (أو) أنا (آخذ بالشفعة ، و) أنا (قائم عليها) أي الشفعة (ونحوها مما يفيد محاولة الأخذ بالشفعة ، كتملكت الشقص ، أو انتزعته من مشتريه ، أو ضممته إلى ما كنت أملكه من العين ، (فإن أخر) الشريك (الطلب مع إمكانه) أي الطلب ، (ولو جهلا باستحقاقها) أي الشفعة ، سقطت لأنه لا يعذر بذلك لعدم خفائه غالباً ، (أو) أخر الطلب (جهلا بأن التأخير مسقط لها ، ومثله لا يجهله ، سقطت) شفعته لعدم عذره (إلا أن يعلم) الشريك بالبيع ، (وهو غائب عن البلد ، فيشهد على الطلب بها ، فلا تسقط) شفعته ، (ولو أخر المبادرة إلى الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه) لأن إشهاده بالطلب دليل على الرغبة ، وعلى أنه لا مانع له من الطلب إلا قيام العذر به ، وكالغائب مريض ومحبوس ، (وتسقط) الشفعة (إذا) علم الشريك بالبيع وهو غائب ، و(سار هو) أي الشريك الغائب ، (أو)

سار (وكيله إلى البلد الذي فيه المشتري في طلبها) أي الشفعة ، (ولم يشهد) قبل سيره ، (ولو سار (بمضي) أي سير (معتاد) لأن السير يكون لطلب الشفعة ولغيره ، وقد قدر أن يبين كون سيره لطلب الشفعة بالإشهاد عليه ، فإذا لم يفعل سقطت كتارك الطلب مع حضوره ، (وإن أخر) الشريك (الطلب والإشهاد لعجزه عنهما ، أو) لعجزه (عن السير) إلى المشتري فيطالبه ، وإلى من يشهده على أنه مطالب (كالمريض، لا من صداع ، وألم قليل) لأن ذلك لا يعجزه عن الطلب والإشهاد ، (وكالمحبوس ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه ، أو من) أي غائب (لا يجد من يشهده ، أو وجد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق ونحوهما) كغير بالغ ، (أو وجد مستوري الحال فلم يشهدهما) لم تسقط شفعته ، لأنه معذور بعدم شهادتهما .

(قال في تصحيح الفروع : ينبغي أن يشهدهما ولو لم يقبلهما) الحاكم ، (وهو على شفعته) إذا أشهد على الطلب عند زوال عذره ، (أو وجد) الغائب (من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة) فلم يشهده ، لم تسقط شفعته ، إذ لا فائدة في إشهاده ، فإن وجد واحداً فأشهده أو لم يشهده لم تسقط ، قاله في المغني والشرح ونصره ، ورد الحارثي بأن شهادة العدل يقضي بها مع اليمين ، (أو) أخر الطلب، أو الإشهاد (لإظهارهم زيادة في الثمن ، أو) لإظهارهم (نقصاً في المبيع ، أو) لإظهارهم (أنه موهوب) له ، أي للمشتري (أو) لإظهارهم (أن المشتري غيره) أي غير المشتري باطناً ، (أو أخبره) أي الشريك بالبيع (من لا يقبل خبره) لفسقه (فلم يصدقه) ولم يطلب أو يشهد ، (أو) أظهر المتعاقدان (أنهما تبايعا بدنانير ، فتبين أنه بدراهم أو بالعكس) بأن أظهرا أنهما تبايعا بدراهم فتبين أنه بدنانير ، (أو أظهر) المشتري (أنه اشتراه بنقده ، فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس ، أو) أظهر أنه اشتراه (بنوع من العروض ، فبان أنه) اشتراه (بغيره) أي غير ذلك النوع ، كنقد أو نوع آخر ، (أو أظهر) المشتري (أنه اشتراه له) أي لنفسه ، (فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس) بأن أظهر أنه اشتراه لغيره، فبان أنه اشتراه لنفسه ، (أو) أظهر (أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره ، أو أظهر أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو) أظهر (أنه اشترى نصفه بثمن ، فبان أنه اشترى جميعه بضعفه ، أو) أظهر (أنه اشترى الشقص وحده ، فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس) بأن أظهر أنه اشترى الشقص وغيره ، فبان أنه اشتراه وحده ، (فهو) أي الشفيع (على شفعته) إذا علم الحال ، فلا يكون ذلك مسقطاً لشفعته ، لأنه إما معذور أو غير عالم بالحال على وجهه، كما لو لم يعلم مطلقاً ، (فأما إن أظهر) المشتري (أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه

بأكثر) فلا شفعة ، لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بأكثر منه ، (أو) أظهر (أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى به) أي بذلك الثمن (بعضه) أي بعض الشقص (سقطت شفعته) لأن من لم يرض بأخذ الشقص كله بذلك الثمن ، لا يرضى بأخذ بعضه به ، (وإن كان المحبوس حبس بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه) أي على أدائه ، (فهو كالمطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل) منَ يطالب له فوراً (بطلت شفعته) لأنه ليس بمعذور كالمريض مرضاً يسيراً ، لا يمنعه من طلب الشفعة ، (وإن أخبره) أي الشفيع بالبيع (من يقبل خبره ، ولو عدلاً واحداً عبداً، أو أنثى فلم يصدقه) الشفيع سقطت شفعته ، لأنه خبر من عدل يجب قبوله في الرواية، والفتيا ، وسائر الأخبار الدينية، فسقطت الشفعة بتكذيبه ، (أو) أخبره (من لا يقبل خبره كفاسق وصبيّ ، وصدقه ولم يطالب) سقطت شفعته ، لأن تصديقه اعتراف بوقوع البيع ، فوجب سقوطها بتأخير الطلب ، (أو قال) الشريك (للمشتري : يعني ما اشتريت ، أو صالحني) عنه (مع أنه لا يصح الصلح عنها) أي عن الشفعة ، (أو) قال : (هبه لي أو ائتمني عليه ، أو بعه ممن شئت ، أو وله إياه) أي أعطه لمن شئت برأس ماله ، (أو هبه له) أي لمن شئت ، (أو أكرني ، أو ساقني ، أو قاسمني أو اكتر مني ، أو ساقاه ونحوه) كاشتريت غالياً أو بأكثر مما أعطيت أنا ، سقطت شفعته ، لأن هذا وشبهه دليل على رضاه بالشركة وتركه للشفعة ، وإن قيل له : شريكك باع نصيبه من زيد ، فقال : إن باعني زيد وإلا فلي الشفعة ، كان ذلك كقوله لزيد : بعني ما اشتريت ، قدمه الحارثي ، (أو قدر معذور) لمرض ، أو حبس ونحوه (على التوكيل) في طلب الشفعة، (فلم يفعله) بأن لم يوكل ، سقطت شفعته لعدم عذره في التأخير ، (أو لقي) الشريك (المشتري في غير بلده ، فلم يطالبه) سقطت شفعته (سواء قال : إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع ؛ أو) لأطالبه في بلد (المبيع أو لا ، أو) سواء قال : إنما تركت المطالبة (لآخذ الشقص في موضع الشفعة ، أو لم يقل ، أو نسي المطالبة ، أو) نسي (البيع) لأنه مقصر بعدم الطلب فوراً، (أو قال) الشريك للمشتري : (بكم اشتريت ؟ قال) : اشتريت رخيصاً ، أو قال له (أي للشريك المشتري : بعتك أو وليتك فقبل) ذلك (سقطت) شفعته ، لأنه دليل تركه الشفعة .

(وإن دله) الشريك في البيع (أي عمل دلالاً ، وهو السفير) بين البائع والمشتري، والاسم الدلالة -بفتح الدال وكسرها- . قال ابن سيده : ما جعلته للدليل والدلال ، لم تسقط شفعته ، (أو رضي) الشريك (به) أي بالبيع (أو ضمنه عنه) الثمن لم تسقط شفعته ، لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة ، فلا تسقط به ، (أو سلم) الشريك (عليه ،

أو دعا بعده) أي بعد السلام متصلاً به (ونحوه ، كما تقدم ولم يشتغل بكلام آخر، أو لم يسكت لغير حاجته) لم تسقط شفعته لما تقدم ، (أو توكل) الشريك (لأحد المتبايعين، أو جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع ، فـ) ـهو (على شفعته) لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة ، ولأن المسقط لها الرضا بتركها بعد وجوبها ، ولم يوجد ، (وإن قال) الشريك لشريكه : (بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ، ففعل) أي باع نصف النصيبين (ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع، أو أسقط) الشريك (شفعته قبل البيع لم تسقط) شفعته ، لأنه إسقاط حق قبل وجوبه ، فلم يسقط ، كما لو أبرأه مما سيقرضه له ، (وإن ترك ولي ، ولو) كان (أبا شفعة موليه ، صغيراً كان أو مجنوناً) أو سفيهاً (لم تسقط) شفعته ، لأن الترك من غير الشفيع كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها ، (وله) أي المحجور عليه (الأخذ بها) أي بالشفعة (إذا) بلغ ، و(عقل ورشد، سواء كان فيها حظ أو لا) ولو كان الولي قد صرح بالعفو عنها ، لأن المستحق للشفعة له الأخذ بها ، سواء كان له حظ فيها، أو لم يكن ، (وقيل : لا يأخذ) المحجور عليه بعد أهليته (بها إلا إن كان فيها) أي الشفعة (حظ له وعليه الأكثر) بناء على أن عفو الولي عنها مع عدم الحظ فيها صحيح ، قياساً على الأخذ مع الحظ ورد بأنه لا يلزم من ملك استيفاء لحق ملك إسقاطه ، بدليل سائر حقوق المحجور عليه ، لأن في الأخذ تحصيلاً له ، (وأما الولي ، فيجب عليه الأخذ بها) أي بالشفعة (له) أي للمحجور عليه (إن كان) الأخذ (أحظ) للمحجور عليه ، بأن كان الشراء رخيصاً، أو بثمن المثل، وللمحجور عليه مال يشتري منه ، لأن عليه الاحتياط لموليه : وفعل الأحظ له ، فإن ترك الولي الأخذ فلا غرم عليه ، لأنه لم يفوت شيئاً من ماله ، (وإلا) يكن في الأخذ بالشفعة حظ للمحجور عليه ، كما لو غبن المشتري، أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ، ويرهن مال المحجور عليه (تعين) على الولي (الترك) كسائر ما لاحظ لموليه فيه ، (ولم يصح الأخذ) بالشفعة حينئذ، فيكون باقياً على ملك المشتري، (ولو عفا الولي عن الشفعة التي فيها حظ لموليه ، ثم أراد) الولي (الأخذ) بها ، (فله) أي الولي ذلك ، لعدم صحة عفوه عنها ، كما سبق ، (وإن أراد) الولي (الأخذ) بالشفعة (في ثاني الحال ، وليس فيها مصلحة) للمحجور عليه (لم يملكه) أي الأخذ بالشفعة لعدم الحظ ، (وإن تجدد الحظ) للمحجور عليه (أخذ) الولي (له بها) لعدم سقوطها بالتأخير ، (وحيث أخذها) أي أخذ الولي بالشفعة (مع الحظ) للمحجور عليه (ثبت الملك) في المشفوع (للصبي ونحوه) كالمجنون والسفيه ، (وليس له) أي المحجور عليه (نقضه بعد البلوغ)، أو العقل، أو الرشد ، وكسائر تصرفات الولي

اللازمة ، (وحكم المغمى عليه ، و) حكم (المجنون غير المطبق حكم المحبوس، والغائب تنتظر إفاقتهما) لأنهما معذوران ، ولا تثبت الولاية عليهما ، (وحكم ولي المجنون المطبق) لأنهما معذوران ، ولا تثبت الولاية عليهما ، (وحكم ولي المجنون المطبق) - بفتح الباء - (وهو الذي لا ترجى إفاقته ، و) حكم ولي (السفيه حكم ولي الصغير) فيما تقدم ، وسبقت الإشارة إليه .

(وإذا مات مورث الحمل) كأبيه (بعد المطالبة بها) أي الشفعة (لم يؤخذ له ، لأنه لا يتحقق وجوده) نقله ابن رجب عن الأصحاب . (وفي المغني والشرح : إذا ولده وكبر فله الأخذ إذا لم يأخذ به الولي كالصبي) قلت : الظاهر ، أن هذا مفرع على أن الشفيع لا يملك الشقص بالطلب ، وأما على ما تقدم وهو المذهب فينتقل الملك للمورث قبل موته ، فيورث عنه الشقص كسائر تركته ، ويوفي الثمن من التركة كسائر الديون ، (وللمفلس الأخذ بها) أي بالشفعة ، (و) له (العفو) عنها ، لأنه مكلف رشيد ، (وليس للغرماء إجباره) أي المفلس (على الأخذ بها ولو كان فيها حظ) له ، لأن الحق له فلا يجبر على استيفائه ، (وللمكاتب الأخذ) بالشفعة (والترك) كالحر ، (وللمأذون له من العبيد) في التجارة (الأخذ) بالشفعة (دون الترك) لأن الحق فيها لسيده لا له ، فهو كولي المحجور عليه ، (ويأتي آخر الباب) هذا بحسب ما عزم عليه لكنه لم يف به، (وإذا باع وصي الأيتام لأحدهم نصيباً في شركة الآخر ، فله) أي الولي (الأخذ للآخر بالشفعة) لأنه كالشراء له ، (وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه) من الأيتام الشقص المشفوع ، (فليس له) أي الوصي (الأخذ) بالشفعة ، لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ، (ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ) بالشفعة (لليتيم) ونحوه (مع الحظ له) لأن التهمة منتفية ، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ، لكون المشتري لا يوافقه ، ولأن الثمن حاصل له من المشتري، كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم ، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، وإذا رفع الأمر للحاكم فباع عليه ، فللوصي الأخذ حينئذ لعدم التهمة .

(فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده ، فله الأخذ بالشفعة لنفسه لعدم التهمة) ولذلك كان له أن يشتري من نفسه مال ولده ، (وإن بيع شقص في تركة حمل لم يكن لوليه الأخذ) بالشفعة له ، لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية ، (فإذا ولد) الحمل ، (ثم كبر) أي بلغ رشده (فله الأخذ) بالشفعة (كالوصي إذا كبر) ولم يكن وليه أخذ بالشفعة ، ولوليه الأخذ بالشفعة بعد ولادته إذا كان فيها حظ ، إذ لا مانع من تمليكه إذن .

(فصل في الشرط الرابع للأخذ بالشفعة)

وهو (أن يأخذ) الشريك (جميع) الشقص (المبيع) لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة في حقه بأخذ بعض المبيع مع أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، دفعاً لضرر الشركة ، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر ، وهذا الشرط كالذي قبله شرط لاستدامة الشفعة لا لثبوتها ، كما نبه عليه الحارثي ، (فإن طلب) الشريك (أخذ البعض) من المبيع (مع بقاء الكل لم يتلف من المبيع شيء ، سقطت شفعته) لأن حق الأخذ إذا سقط بالترك في البعض سقط في الكل ، كعفوه عن بعض قود يستحقه ، (وإن تعدد الشفعاء ، فـ) الشقص المبيع (بينهم على قدر ملكهم كمسائل الرد) لأن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك كالغلة ، (فدار بين ثلاثة) لواحد (نصف و) لآخر (ثلث ، و) لآخر (سدس ، باع صاحب الثلث) نصيبه ، (فـ) أصل (المسألة من ستة) مخرج الكسور (الثلث بينهما) أي بين صاحب النصف والسدس (على أربعة) لبسط النصف ثلاثة ، ولبسط السدس واحد ، فـ (لصاحب النصف ثلاثة ولرب السدس واحد ، ولا يرجع أقرب) الشفعاء على أبعدهم ، (ولا) ذو (قرابة) من الشفعاء على أجنبي ، لأن القرب ليس هو سبب الشفعة ، (وإن ترك أحدهم شفعته سقطت ، ولم يكن للباقين) من الشفعاء (أن يأخذوا إلا الكل ، أو يتركوا) الكل . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، و(كما لو كان بعضهم) أي الشفعاء (غائباً) فإنه ليس للحاضر إلا أخذ الكل، أو تركه، لأنه لم يعلم الآن مطالب سواه ، ولأن في أخذ بعض الشقص تبعيضاً لصفقة المشتري ، (فإن وهب بعض الشفعاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء ، أو) وهبه لـ (غيره ، لم تصح) الهبة ، (وسقطت) الشفعة ، لأن ذلك دليل إعراضه عنها ، (فإن كان الشفعاء) كلهم (غائبين) لم تسقط الشفعة لموضع (العذر) فإذا قدم أحدهم من سفره، (فليس له أن يأخذ إلا الكل أو يترك) الكل ، دفعاً لتبعيض الصفقة على المشتري ، (فإن امتنع) من حضر من الغائبين أو كان حاضراً وشريكاه غائبين ، (حتى يحضر صاحباه) بطل حقه ، لأن في تأخيره إضراراً بالمشتري ، (أو قال : آخذ قدر حقي) فقط (بطل حقه) لما فيه من إضرار المشتري بتبعيض الصفقة ، (فإن) وفى نسخة : فإذا (أخذ) من حضر أو كان حاضراً من الشركاء (الجميع) أي جميع الشقص المشفوع (ثم حضر) شريك (آخر قاسمه إن شاء ، أو عفا ، فبقي) الشقص (للأول) لأن

المطالبة إنما وجدت منهما ، (فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما إن أحب) الأخذ بالشفعة ، (وبطلت القسمة الأولى) لأنه تبين أن لهما شريكاً ، لم يقاسم ولم يأذن ، (وإن عفا) الثالث عن شفعته (بقي) الشقص (للأولين) لأنه لا مشارك لهما ، (فإن نما الشقص في يد الأول) قبل أخذ شريكه (نماء منفصلاً) بأن أخذ أجرته، أو ثمرته (لم يشارك فيه واحد منهما) لأنه انفصل في ملكه ، فأشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، (وكذلك إذا أخذ الثاني) نصيبه بعد قدومه من الأول (فنما في يده) أي الثاني (نماء منفصلاً ، لم يشاركه الثالث فيه) لما تقدم ، وإن ترك الأول شفعته، أو أخذ بها، ثم رد ما أخذه بعيب توفرت الشفعة على صاحبيه (الغائبين ، فإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الأول ، وإن أخذ الأول الشقص بالشفعة ، ثم أعاده للمشتري بنحو هبة ، فلا شفعة للغائبين ، لأنه عاد بغير السبب الذي تعلقت به الشفعة ، بخلاف رده بعيب ، لأنه رجع إلى المشتري بالسبب الأول ، فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ، (فإن خرج الشقص) المشفوع (مستحقاً) ، وقد أخذ الأول ثم الثاني منه ثم الثالث منهما ، (فالعهدة على المشتري) لأن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ، فكانت العهدة عليه ، فـ (سيرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر) بشيء ، (وإن أراد الثاني) عند قدومه في غيبة الثالث (الاقتصار على قدر حقه فله ذلك) لأنه اقتصر على بعض حقه ، وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري ، والشفيع دخل على أن الشفعة تتبعض عليه ، (فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ ثلث ما في يد الثاني وهو التسع فيضمه إلى ما بيد الأول وهو الثلثان ، تصير سبعة أتساع ، يقتسمانها) أي الأول والثالث (نصفين لكل واحد منهما ثلث ونصف تسع ، وللثاني تسعان ، وتصح من ثمانية عشر) حاصلة من ضرب تسعة في اثنين ، لكل واحد من الأول والثالث سبعة سبعة ، وللثاني أربعة لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه ، وحقه منه ثلثاه وهو التسع ، فتوفر ذلك على شريكيه في الشفعة ، (وإن كان المشتري شريكاً) لآخر غير البائع ، (فالشفعة بينه وبين الآخر) بحسب ملكيهما ، لأنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة ، كما لو اشتراه غير الشريك . والمعنى : أن المشتري يستقر ملكه على ما يقابل ما كان له ، فلا ينتزع منه وإلا فلا شفعة له على نفسه ، (فإن ترك المشتري شفعته ليوجب الكل على شريكه ، لم يلزمه) أي الشريك (الآخذ) أي أخذ الكل ، (ولم يصح إسقاطه) أي الشريك المشتري لنصيبه (لملكه له بالشراء) واستقراره ، (فلا يسقط بإسقاطه) كالشفيعين إذا حضر أحدهما ، فأخذ الجميع ثم حضر الآخر وطلب حقه منها ، فقال له الآخذ : خذ الكل أودعه ، (وإذا

كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ، ثم علم شريكه) ذلك ، (فله الأخذ بهما) أي بالعقدين ، لأنه شفيع فيهما ، (وله) الأخذ أيضاً (بأحدهما) أيهما كان ، لأن كلا منهما بيع مستقل بنفسه وهو يستحقهما ، فإذا أسقط البعض كان له ذلك كما لو أسقط حقه من الكل ، (فإن أخذ) الشفيع (بـ) البيع (الثاني شاركه مشتر في شفعته) لأن ملك المشتري استقر في المبيع الأول بإسقاط الشفيع حقه ، فصار شريكه فيشاركه في البيع الثاني ، (وإن أخذ) الشفيع ، (بـ) البيع (الأول لم يشاركه في شفعته أحد) لأنه لم تسبق له شركة ، (وإن أخذ) الشفيع (بهما) أي بالبيعتين (لم يشاركه في شفعته الأول والثاني) لأنه لم تسبق لهما شركة ، هذا إذا تعددت العقود دون البائع والمشتري ، (وإن) تعدد دون العقد بأن (اشترى اثنان) حق واحد صفقة واحدة ، (أو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة) . قلت : أو الولاية أو بهما ، بأن كان وكيلاً لأحدهما ، ووليأ على الآخر (حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما) لأن الصفقة مع اثنين بمنزلة عقدين ، فيكون للشفيع الأخذ بهما وبأيهما شاء ، وكذا إذا اشترى الواحد لنفسه وغيره لتعدد من وقع له العقد ، (وإن اشترى واحد حق اثنين) صفقة واحدة ، (أو اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة والشريك واحد ، فللشفيع أخذ أحدهما) أي أحد الشقصين من أحد العاقدين ، لأن كلا منهما مستحق بسبب غير الآخر ، فجرى الشريكين ، ولأن الشفيع قد يلحقه الضرر بأرض دون أرض ، (وإن شاء أخذهما) أي الشقصين معاً ، وإن كان الشريك متعدداً أخذوا الجميع وقسموا الثمن على القيمة ولمن شاء أخذ حصته بقسطها وافقه الآخر أو خالفه ، (وإن باع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة ، فالتعدد واقع من الطرفين) إذ البائع اثنان والمشتري اثنان ، (والعقد واحد ، وذلك) العقد (بمثابة أربع صفقات ، فللشفيع أخذ الكل، أو أخذ نصفه وربعه منهما، أو أخذ نصفه منهما) فيبقى لهما نصفه ، (أو أخذ نصفه من أحدهما) ويبقى نصفه للآخر ، (أو أخذ ربعه من أحدهما) فيبقى له ربعه وللآخر نصفه ، وإن باع أحد الشركاء عن نفسه وعن شريكه بطريق الوكالة أو الولاية شقصاً من واحد كان ذلك بمنزلة عقدين لتعدد من وقع منه العقد ، فللشفيع الأخذ بهما، وبأحدهما أيهما شاء ، (وإن باع) إنسان (شقصاً وسيفاً) أو نحوه مما لا شفعة فيه (صفقة واحدة) بثمن واحد ، (فللشفيع أخذ الشقص) بالشفعة (بحصته من الثمن) لأن ذلك العقد بمثابة عقدين لتعدد المبيع ، (فيقسم الثمن على قيمتهما) أي الشقص والسيف أو نحوه ، فلو كانت قيمة الشقص ألفاً وقيمة السيف مثلاً خمسمائة وبيعا بألف ومائتين ، أخذ الشفيع الشقص بثمانمائة ، (ولا يثبت للمشتري خيار التفريق) في هذه الصور

لتعدد العقد معنى ، (وإن تلف بعض المبيع) المشفوع بأمر سماوي، أو فعل آدمي، (أو انهدم) بيت من الدار التي بيع منها الشقص ، (ولو بفعل الله) تعالى كالمطر ، (فله) أي الشفيع (أخذ الباقي) من الشقص (بحصته من الثمن) أي ثمن جميع الشقص ، فلو كان الشقص المشفوع نصفاً من الدار والبيت الذي انهدم منها نصف قيمتها أخذ الشفيع الشقص فيما بقي من الدار بنصف ثمنه ، (فإن كانت الأنقاض موجودة أخذها) الشفيع (مع العرصة) والباقي من البناء (بالحصة) أي حصتهما من الثمن ، (وإن كانت) الأنقاض (معدومة أخذ) الشفيع (العرصة وما بقي من البناء) بحصته من الثمن لأنه تعذر عليه أخذ كل المبيع بتلف بعضه ، فجاز له أخذ الباقي بحصته كما لو تعذر عليه أخذ الكل ليكون معه شفيع آخر ، (فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين فباع) المشتري (بابها) فبقيت بألف ، (أو هدمها فبقيت بألف أخذها) الشفيع (بخمسمائة بالقيمة من الثمن أي بالحصة من الثمن) ، والمراد بقوله : اشترى دار ، أي شقصاً من دار من إطلاق الكل على البعض كقوله تعالى : ﴿ يَجْعَلُونَ أَصَابِعَهُمْ فِي آذَانِهِمْ ﴾ (1) .

(ويتصور أن تكون الشفعة في دار كاملة) بـ (أن تكون دور جماعة مشتركة فيبيع أحدهم حصته من الجميع مشاعاً ، ويظهرا في الثمن زيادة تترك الشفعة لأجلها ويقاسم بالمهايأة ، فيحصل للمشتري دار كاملة) ثم يتبين الحال فيأخذها الشفيع ، (أو بأن تكون دور جماعة مشتركة فيبيع أحدهم حصته من الجميع مشاعاً ، و(يظهر انتقال الشقص من جميع الأملاك بالهبة ، فيقاسم) المشتري شركاءه فيحصل له دار كاملة ، (أو) بأن (يوكل الشريك وكيلاً في استيفاء حقوقه ويسافر ، فيبيع شريكه حصته في الجميع) أي جميع الدور المشتركة ، (فيرى الوكيل أن الحظ لموكله في ترك الشفعة فلا يطالب بها ويقاسم) المشتري الوكيل (بالوكالة ، فيحصل للمشتري داراً كاملة فهدمها) أو باع بابها فنقصت كما تقدم ، (ثم علم الشفيع مقدار الثمن بالبينة أو بإقرار المشتري ، ذكره في المستوعب ، ولو تعيب المبيع بعيب ينقص الثمن مع بقاء عينه) كما لو انشق الحائط أو تشعث الشجر ، أو بارت الأرض ، (فليس له) أي الشفيع (الأخذ إلا بكل الثمن أو الترك) لأنه لم يذهب من المبيع شيء حتى ينقص من الثمن في مقابلته ، وإسقاط بعض الثمن إضرار بالمشتري ، والضرر لا يزال بالضرر .

★ ★ ★

(1) سورة البقرة ، الآية : ١٩ .

(فصل في الشرط الخامس للأخذ بالشفعة)

وهو (أن يكون للشفيع ملك للرقبة سابق) على البيع لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك ، فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه ، فلا شفعة ، (ولو) كان الشريك (مكاتباً) لصحة ملكه كغيره ، فـ (لا) شفعة بـ (ملك منفعة ، كدار موصي بنفعها ، فباع الورثة نصفها ، فلا شفعة للموصي له) لأن المنفعة لا تؤخذ بالشفعة ، فلا تجب بها ، (ويعتبر) للأخذ بالشفعة (ثبوت الملك) للشفيع بالبينة ، أو إقرار المشتري ، (فلا تكفي اليد) لأنها مرجحة فقط عملاً بالظاهر ولا تفيد الملك ، كما يأتي في الدعاوي والبينات ، (فإن لم يسبق ملك) أحدهما كشراء الاثنين داراً صفقة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر لاستوائهما في البيع في زمن واحد ، (وإن ادعى كل منهما) أي الشريكين (السبق فتحالفا ، أو) أقاما بينتين ، و(تعارضت بينتاهما ، فلا شفعة لهما) أي لأحدهما على الآخر ، لأنه لم يثبت السبق لواحد منهما ، (ولا شفعة بشركة وقف) فدار نصفها وقف ، ونصفها طلق وبِيعَ الطلق لا شفعة للموقوف عليه ولو معيناً، (لأن ملكه غير تام) أشبه مالك المنفعة .

★ ★ ★

(فصل في حكم تصرف المشتري في الشقص)

وإن تصرف المشتري في الشقص (المبيع قبل الطلب) أي طلب الشفيع بالشفعة (بوقف) متعلق بتصرف (على معين) كأن وقفه على ولده، أو ولد زيد (أولاً) على معين، بأن وقفه على مسجد كذا، أو على الفقراء، أو الغزاة ونحوهم، (أو) تصرف في الشقص بـ (ـهبة أو صدقة) أو جعله عوضاً في عتق، أو طلاق، أو خلع، أو صلح عن دم عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداء (سقطت الشفعة) لأن في الشفعة إضراراً بالموقوف عليه والموهوب له والمتصدق عليه ونحوه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، لأن الثمن إنما يأخذه المشتري والضرر لا يزال بالضرر ، و(لا) تسقط الشفعة (برهنه) أي رهن المشتري الشقص المشفوع ، (و) لا بـ (إجارته) لبقاء المؤجر المرهون في ملك المشتري وسبق تعلق حق الشفيع على المرتهن والمستأجر ، (وينفسخان) أي الرهن والإجارة (بأخذه) أي أخذ الشفيع الشقص المرهون أو المؤجر بالشفعة من حين الأخذ ، لأنهما يستندان إلى حال الشراء، ولسبق حقه حقهما ، وأيضاً الفرق بين الأخذ بالشفعة والبيع أن الشقص خرج من يد المشتري قهراً عليه في الأخذ بالشفعة بخلاف البيع .

(ويحْرم) على المشتري تصرفه بعد الطلب ، (ولا يصح تصرفه بعد الطلب) لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح، أو الحجر عليه به لحق الشفيع على مقابله، وإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالبه بها لم يصر المشتري ممنوعاً ، بل تسقط الشفعة على قولنا على الفور ، ذكره القاضي في خلافه ، واقتصر عليه ابن رجب في القاعدة الثالثة والخمسين ، (ولو أوصى المشتري بالشقص ، فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية واستقر الأخذ) للشفيع ، لسبق حقه على حق الموصي له ، والوصية قبل القبول بعد الموت جائزة لا لازمة ، فبطلت لفوات الموصي به قبل لزومها .

(وإن طلب) الشفيع الأخذ بالشفعة قبل قبول الوصية ، (ولم يأخذ بعد) الطلب حتى مات الموصي (بطلت الوصية) واستقر الأخذ للشفيع ، سواء قبل الموصي له الوصية أو لا ، لأنه ملكه قبل لزوم الوصية ، ففاتت الوصية على الموصي له ، (ويدفع) الشفيع (الثمن إلى الورثة ، لأنه ملكهم) إلى الأخذ ، (وإن كان الموصي له قبل) الوصية بالشقص (قبل أخذ الشفيع) بالشفعة ، (أو) قبل (طلبه) بها لزمت الوصية واستقر للموصي له ، و(سقطت الشفعة) لأن في الشفعة إضراراً بالموصي له ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، وكما لو وهبه المشتري قبل الطلب ، (وإن باع) المشتري الشقص قبل الطلب ، (فللشفيع الأخذ بثمن أيّ البيعين شاء) لأن سبب الشفعة الشراء. وقد وجد من كل منهما ، ولأنه شفيع في العقدين ، وعلم من ذلك : صحة تصرف المشتري في الشقص قبل الطلب ، لأنه ملكه ، وكون الشفيع له أن يتملكه لا يمنع من تصرفه فيه ، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً ، فإنه لا يمنع من التصرف في الآخر ، وكالابن يتصرف في العين الموهوبة له ، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها، (ويرجع من أخذه منه) يعني من أخذ الشفيع الشقص ببيع قبل بيعه (على بائعه بما أعطاه) من الثمن ، لأنه لم يسلم له المعوض ، (فإن أخذ) الشفيع (بـ) البيع (الأول رجع) المشتري (الثاني على) المشتري (الأول) بما دفعه له من الثمن ، وينفسخ البيع الثاني ، (وإن كان ثم) مشتر (ثالث) بأن لم يعلم الشفيع حتى تبايع ثلاثة (فأكثر) وأخذ الشفيع الأول (رجع) المشتري (الثاني على الأول ، و) المشتري (الثالث على الثاني ، وهلم جرا وينفسخ ما بعد البيع الأول ، وإن أخذ البيع الأخير فلا رجوع واستقرت العقود ، وإن أخذ بالمتوسط استقر ما قبله وانفسخ ما بعده ، (وإن فسخ البيع بعيب في الشقص) المشفوع ، (أو إقالة أو تحالف) لاختلاف في الثمن (ثم علم الشفيع) بالبيع (فله الأخذ بها) أي بالشفعة ، لأن حقه سابق على ذلك كله ، لأنه ثبت بالبيع ، (فينقض فسخه) أي ينقض فسخ البيع بتلك المذكورات إذا أخذ الشفيع

بالشفعة ، (ويأخذ) الشفيع الشقص في فسخ البيع بـ (الإقالة ، و) فسخه بـ (العيب) أي عيب الشقص (بالثمن الذي وقع عليه العقد) لما يأتي ، (و) يأخذ (في) الفسخ لأجل (التحالف بما حلف عليه البائع) لأن البائع مقر بالثمن الذي حلف عليه ، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك ، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك ، فله أن يبطل فسخهما ويأخذ ، لأن حقه أسبق ، (وإن فسخ البائع) البيع (لعيب في ثمنه) أي ثمن الشقص المشفوع (المعين) كما لو اشترى الشقص بعبد معين ثم علم البائع عيبه وفسخ البيع ، (فإن كان) الفسخ (قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة) لما فيها من الإضرار بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه بوجود العيب ، والشفعة ثبتت لإزالة الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولأن حق البائع في الفسخ أسبق لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود حال البيع ، والشفعة تثبت بالبيع ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيباً ، فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسألتنا حق البائع في استرجاع الشقص ، ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة ، (وإلا) بأن كان الفسخ بعد الأخذ بالشفعة (استقرت) للشفيع ، لأنه ملك الشقص بالأخذ ، فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي ، (وللبائع) إذا فسخ بعد أخذ الشفيع (إلزام المشتري بقيمة شقصه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة تلف الشقص ، (ويتراجع المشتري والشفيع بما بين القيمة) أي قيمة الشقص (والثمن) الذي وقع عليه العقد ، وهو قيمة العبد ، لأن الشفيع أخذه قبل الاطلاع على عيب العبد بقيمته ، لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد ، وبعد الاطلاع على عيب العبد وفسخ البيع وتعذر الشقص استقر العقد على قيمة الشقص، والشفيع لا يلزمه إلا ما استقر عليه العقد وللمشتري المطالبة بما أداه زيادة عليه ، (فيرجع دافع الأكثر منهما) على الآخر (بالفضل) ، فإذا كانت قيمة الشقص مائة وقيمة العبد الذي هو الثمن مائة وعشرين ، وكان المشتري أخذ المائة والعشرين من الشفيع رجع الشفيع عليه بالعشرين ، لأن الشقص إنما استقر عليه بالمائة .

(ولا يرجع شفيع على مشتر بأرش عيب في ثمن عفا عنه بائع) أي لو أبرأ البائع مشتري الشقص من العيب الذي وجده بالعبد مثلاً ، فلا رجوع للشفيع عليه بشيء ، لأن من جهة المشتري لا يملك فسخه ، أشبه ما لو حط البائع عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن اختار البائع أخذ أرش العيب فله ذلك ، ولا يرجع مشتر على شفيع بشيء إن دفع إليه قيمة العبد سليماً ، وإلا رجع عليه ببدل ما أدى إلى أرشه ، وإن عاد الشقص بعد فسخ العقد لعيب الثمن وأخذ الشفيع إلى ملك المشتري من الشفيع أو غيره

ببيع ، أو هبة ، أو إرث ونحوه لم يملك البائع استرجاعه بمقتضى الفسخ السابق ، لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه إلى القيمة ، فإذا أخذها لم يبق له حق ، بخلاف غاصب تعذر عليه رد مغصوب ، فأدى قيمته ثم قدر عليه ، فإنه يرده ويسترجع القيمة ، لأن ملك المغصوب منه لم يزل عنه .

(وإن أخذ الشفيع الشقص) بالشفعة ، (ثم ظهر) أي اطلع بالشقص (على عيب لم يعلماه) أي المشتري والشفيع ، (فله) أي الشفيع (رده على المشتري ، أو أخذ أرشه) منه ، لما تقدم من أن الأخذ بالشفعة في معنى البيع ، (و) يرجع (المشتري على البائع كذلك) أي بالثمن ، ويرد الشقص إن رده الشفيع عليه ، أو يأخذ الأرش ، (وأيهما) أي الشخصين من الشفيع والمشتري (علم به) أي بالعيب عند العقد أو قبله (لم يرده) أي الشقص المعيب ، ولم يطالب بأرش ، لأنه دخل على بصيرة ، (ولكن إذا علم الشفيع وحده فلا رد للمشتري) لخروج الشقص عن ملكه ، (وله) أي المشتري (الأرش) للعيب الذي لم يعلمه ، (وإن ظهر الثمن المعين مستحقاً فالبيع باطل) لما تقدم في البيع ، (ولا شفعة) لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري ، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه ما أخذ على البائع ، ولا يثبت ذلك إلا ببينة ، أو إقرار المتبايعين والشفيع ، فإن أقرا ، وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه ، وله الأخذ بالشفعة، ويرد البائع العبد لصاحبه ، ويرجع على المشتري بقيمة الشقص ، وإن أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ، ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد، فيشتري الشقص منه ويتباريان .

وإن أقر الشفيع والبائع، وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه، ولم تثبت الشفعة ، ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء ، لأن البيع صحيح في الظاهر . وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ، ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، وإن كان اشترى الشقص بثمن في ذمته ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة ، لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره أو غيره ، فللبائع فسخ البيع ، ويقدم حق الشفيع لأن بالأخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً ، فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين ، ذكره في المغني والشرح ، (وإن ظهر بعضه) أي بعض الثمن المعين (مستحقاً بطل البيع فيه) أي فيما ظهر مستحقاً ، وما يقابله من الشقص فلا شفعة فيه ، وصح في الباقي ، وتثبت فيه الشفعة ، (وإن كان) الثمن (مكيلاً، أو موزوناً)، أو معدوداً، أو

مذروعاً ، (فتلف قبل قبضه بطل البيع) لما تقدم ، (وانتفت الشفعة) إن كان التلف قبل الأخذ بها ، لأنه تعذر التسليم فتعذر أيضاً العقد ، فلم تثبت الشفعة كالفسخ بخيار ، (فإن كان الشفيع أخذ بالشفعة) قبل التلف (لم يكن لأحد استرداده) أي الشقص لاستقرار ملك الشفيع عليه ، ويغرم مشتريه لبائعه قيمة المبيع ، ويأخذ من الشفيع بدل ما وقع عليه العقد ، وتقدم في البيع ، (ولو ارتد المشتري فقتل أو مات) قبل علم الشفيع بالبيع ، (فللشفيع) إذا علم بالبيع (الأخذ) بالشفعة (من بيت المال لانتقال ماله) أي المرتد (إليه) أي إلى بيت المال ، لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله، أو موته لا يمنع الشفعة ، كما لو مات على الإسلام فورثه ورثته ، أو صار ماله إلى بيت المال لعدم ورثته ، (والمطالب) -بفتح اللام- (بالشفعة وكيل بيت المال) لأنه نائب عن المسلمين الآيل إليهم الشقص ، (ولا تصح الإقالة بين البائع والشفيع لأنه ليس بينه وبينه بيع ، وإنما هو مشتر) والإقالة إنما تكون بين المتبايعين فإن باعه إياه ، صح لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، (وإن استغله) أي استغل المشتري الشقص قبل أخذ الشفيع بالشفعة (بأن أخذ ثمرته ، أو أجرته فهي له) أي للمشتري ، (وليس للشفيع مطالبة المشتري بردها) لحديث : « الخَرَاجُ بالضَّمَانِ »[1] .

(وإن أخذه) أي الشقص (شفيع وفيه زرع ، أو ثمرة ظاهرة ، أو) ثمرة (مؤبرة ونحوه) كلقطة ظاهرة من باذنجان ونحوه ، (فهي) وفي نسخة : فهو ، أي الزرع والثمرة واللقطة الظاهرتان (لمشتر) لأنه ملكه (مبقي إلى أوان أخذه بحصاد، أو جذاذ، أو غيرهما) كلقاط (بلا أجرة) لأنه زرعه في ملكه ، ولأن أخذه بمنزلة بيع ثان ، (وإن نما) الشقص (عنده) أي المشتري (نماء متصلاً كشجر كبر ، وطلع لم يؤبر) يعني يتشقق (تبعه) أي الأصل (في عقد وفسخ) كالرد بعيب ، فيأخذه الشفيع بزيادته ، لا يقال : فلم لا يكون حكمه حكم الزوج إذا طلق قبل الدخول ؟ لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين ، وهنا يسقط حقه منها إذا لم يرجع في الشقص ، فافترقا ، ولو كان الطلع موجوداً حال الشراء غير مؤبر ، ثم أبر عند المشتري، فهو له أيضاً مبقي إلى أوان جذاذه ، لكن يأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ، لأنه فات عليه بعض ما شمله عقد الشراء ، وهو الطلع الذي لم يؤبر حال العقد ، فهو كما لو شمل الشراء الشقص وعرضا معه ، (وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع) في غيبة الشفيع (أو قاسم) المشتري (الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن ، أو) لكونه أظهر (أن الشقص موهوب له ونحوه) بأن أظهر بأن الشراء لغيره،

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

(ثم غرس) المشتري (أو بني) فيما خرج له بالقسمة (لم تسقط الشفعة) لأن الشفيع لم يترك الطلب بها إعراضاً عنها ، بل لما أظهره المشتري ، وكذا لو كان الشفيع غائباً، أو صغيراً وطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ، ثم قدم الغائب وبلغ الصغير ، فلهما الأخذ ، (وللشفيع الأخذ بها إذا علم الحال ، ويدفع قيمة الغراس أو البناء) لربهما (حين تقويمه) أي الغراس، أو البناء (وصفة تقويمه : أن الأرض تقوم مغروسة، أو مبنية ثم تقوم خالية) من الغراس، أو البناء ، (فيكون ما بينهما قيمة الغراس، أو البناء) لأن ذلك هو الذي زاد بالغراس ، أو البناء ، (فيملكه) أي الغراس ، أو البناء الشفيع بما بين القيمتين (أو يقلعه) أي الغراس ، أو البناء إن أحب ، (ويضمن نقصه من القيمة) المذكورة ، وهي ما بين قيمة الأرض مغروسة ، أو مبنية وبين قيمتها خالية (بالقلع) متعلق بنقصه ، وإن غرس المشتري ، أو بني مع الشفيع ، أو وكيله في المشاع، ثم أخذه الشفيع ، فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه .

(فإن اختار الشفيع أخذه) أي الغراس، أو البناء بقيمته ، (وأراد المشتري ذلك) أي قلعه لأنهما ملكه على انفراده ، (ولو مع ضرر) يلحق الأرض لأنه تخليص عين ماله مما كان حين الوضع في ملكه ، (ولا يضمن) مشتر (نقص الأرض) بقلع غراسه أو بنائه لانتفاء عدوانه ، فيخير الشفيع بين أخذ الشقص ناقصاً بكل الثمن أو تركه ، (ولا يلزمه) أي المشتري (تسوية حفرها) إذا قلع غراسه أو بناءه لعدم عدوانه ، (ولا يلزم الشفيع إذا أخذ الغراس، أو البناء دفع ما أنفقه) المشتري على الغراس والبناء ، (سواء كان) ما أنفقه (أقل من قيمته أو أكثر) منها ، بل تلزمه قيمته فقط ، (وإن حفر) المشتري (فيها) أي البقعة المشفوعة (بئراً) بعد المقاسمة لما تقدم ، أو حفرها مع الشفيع، أو وكيله على ما تقدم تفصيله في البناء ، ثم أخذ الشفيع بالشفعة (أخذها) أي البئر (الشفيع) مع الشقص ، (ولزمه) أي الشفيع للمشتري (أجرة المثل لحفرها)، لأن المشتري لم يتعد بحفرها ، (وإن باع شفيع ملكه) من الأرض التي بيع منها الشقص المشفوع ، (أو) باع (بعضه) أي بعض ملكه منها (قبل العلم) ببيع شريكه (لا بعده ، لم تسقط شفعته) لأنها ثبتت له حين بيع شريكه ، ولم يوجد منه ما يدل على عفوه عنها ، بخلاف ما لو باع بعد العلم .

(وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع) سواء أخذ منه ما اشتراه بالشفعة أو لم يؤخذ، لأنه شريك في الرقبة ، أشبه المالك الذي لم تستحق عليه شفعة ، (وإن مات الشفيع) قبل الطلب بالشفعة مع القدرة، أو الإشهاد مع العذر (بطلت) شفعته ، لأنها نوع خيار شرع للتمليك ، أشبه القبول ، فإنه لو مات من يريد القبول بعد إيجاب صاحبه لم يقم

وارثه مقامه في القبول ، ولأنا لا نعلم بقاءه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها ، ولا ينتقل إلى الورثة ما شك في ثبوته .

(وإن طالب) الشفيع بالشفعة قبل موته، أو أشهد معَ القدرة أنه مطالب بها ، (فلا) سقوط بموته ، بل تنتقل لورثته خصوصاً على القول بأنه يملك الشقص بمجرد الطلب ، وهو المذهب ، (وتكون) الشفعة (لورثته كلهم) إذا مات بعد الطلب (على حسب ميراثهم) كسائر حقوقه ، (ولا فرق في الوارث بين ذوي الرحم) أي الأقارب الوارثين بفرض، أو تعصيب، أو رحم، (والزوج والمولي) وهو المعتق وعصبته المتعصبون بأنفسهم (وبيت المال ، فيأخذ الإمام بها) أي بالشفعة إذا لم يكن هناك وارث خاص يستغرق بفرض، أو تعصيب، أو رد، أو رحم ، (فإن ترك بعض الورثة حقه) من الشفعة (توفر الحق على باقي الورثة ، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا) الكل ، لأن في أخذ البعض وترك البعض إضراراً بالمشتري ، لكن على المذهب من أن الشفيع يملك الشقص بالطلب لا يتأتى العفو بعده ، بل ينتقل الشقص إلى الورثة كلهم على حسب إرثهم قهراً عليهم ، ويؤخذ ثمنه من التركة كسائر الديون ، (وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا عنها) أي الشفعة (أحدها وطالب بها الآخر ، ثم مات الطالب) للشفعة، (فورثه) الشريك (العافي) عن الشفعة ، (فله أخذ الشقص بها) أي بالشفعة ، لأن عفوه أو لا عن حقه الثابت بالبيع لا يسقط حقه المتجدد بالإرث ، وإذا حققت النظر فالملك قد انتقل إلى الطالب بالطلب ، ثم إلى وارثه ، فقوله : فله الأخذ : إنما هو مجاراة للخصم ، أو على القول الثاني أنه لا يملكه بالطلب ، وإلا فهو ينتقل إليه قهراً .



فصل

ويأخذ الشفيع الشقص المشفوع (بلا حكم حاكم) لأنه حق ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر إلى حاكم يحكم كالرد بالعيب (بمثل الثمن الذي استقر عليه العقد) وقت لزومه (قدراً وجنساً وصفة) لحديث جابر : « فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ بِالثَّمَنِ » رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع ، فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري ، لا يقال : الشفيع استحق أخذ الشقص بغير رضا مالكه ، فكان ينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر إلى طعام غيره ، لأن المضطر استحقه بسبب حاجته ، فكان المرجع في بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقه بالبيع ، فوجب أن يكون بالعوض الثابت له (إن قدر) الشفيع (عليه) أي الثمن ، (وإن طلب) الشفيع (الإمهال) لتحصيل

الثمن (أمهل يومين أو ثلاثة) أيام ، لأنها حد جمع القلة ، (فإذا مضت) الأيام الثلاثة ، (ولم يحضره) أي يحضر الشفيع الثمن ، (فللمشتري الفسخ) لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن فملك الفسخ ، كبائع بثمن حال (من غير حاكم) لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم حاكم ، فلا يقف فسخ الأخذ بها عليه ، كالرد بالعيب ، وحيث تقرر أن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ، (فإن كان) الثمن (مثلياً ، فـ) إن الشفيع يأخذه (بمثله) أي الثمن ، (وإلا) يكن الثمن مثلياً ، (فـ) أن الشفيع يأخذه (بقيمته) أي الثمن ، لأنها بدله في القرض والإتلاف (وقت لزومه) أي العقد ، لأنه حين استحقاق الأخذ (وإن دفع) المشتري لبائع (مكيلاً) كبر وزيت (بوزن أخذ) من الشفيع (مثله كيله كقرض) أي كما لو أقرضه مكيلاً بوزن فإنه يسترد مثل كيله اعتباراً بمعياره الشرعي ، وكذا عكسه ، (وإن كان الثمن) عن الشقص المشفوع (عرضاً متقوماً موجوداً قُوِّمَ وأُعطِيَ) الشفيع المشتري (قيمته) لأنها بدله كما تقدم ، (وإن كان) العرض المجعول ثمناً (معدوماً وتعذرت معرفته كانت دعوى) المشتري (جهله) أي جهل قيمته (كدعواه جهل الثمن على ما يأتي) أي مقبولة منه بيمينه ، وتسقط الشفعة ، حيث لا حيلة ، (فإن اختلفا) أي الشفيع والمشتري (في قيمته) أي قيمة العرض المجعول ثمناً ، (والحالة هذه) أي وهو معدوم ، (فقول مشتر) بيمينه ، لأنه أعرف بما عقد عليه ولأن الشقص ملكه ، فلا ينزع منه بغير ما يدعيه بلا بينة ، (وإن عجز) الشفيع (عن الثمن ، أو) عجز (عن بعضه سقطت شفعته كما تقدم ، فلو أتى) الشفيع (برهن أو ضمين) لم يلزم المشتري قبولهما ، ولو كان الرهن محرزاً والضمين مليئاً لما على المشتري من الضرر بتأخير الثمن ، والشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلا تثبت معه ، (أو بذل) الشفيع (عوضاً عن الثمن) بأن كان نقداً فدفع عنه عرضاً (لم يلزم المشتري قبوله) دفعاً لما عساه أن يتضرر به ، (والأخذ بالشفعة نوع بيع) كما تقدم ، لأنه تملك للشقص بثمنه ، (لكن لا خيار فيه) أي في الأخذ بالشفعة لأنه قهري ، (ولهذا) أي لكونه نوع بيع (اعتبر له) أي لصحة الأخذ بالشفعة (العلم بالشقص) المأخوذ ، (و) العلم (بالثمن) المأخوذ به كما يعتبر في البيع : العلم بالعوضين ، (فلا يصح) الأخذ بالشفعة (مع جهالتهما) ولا مع جهالة أحدهما ، هذا معنى ما قطع به في المغني ، ومشي عليه في الإنصاف ، وهو معنى ما قدمه في الفروع والمبدع . وقال في التنقيح : ولا تعتبر رؤيته قبل تملكه أي الشقص انتهى . وهو معنى ما جزم به في المنتهى ، وهو معنى ما قدمه في الفروع عن الترغيب لكونه قهرياً بخلاف البيع .

(وله) أي للشفيع (المطالبة بها) أي بالشفعة (مع الجهالة) أي جهالة الشقص والثمن ، (ثم يتعرف) مقدار الثمن من المشتري أو غيره ، ويتعرف المبيع فيأخذه بثمنه. وظاهر عطفه بثم : أنه لا يعتبر الفور للتعرف والأخذ ، اكتفاء بالمطالبة ولو مع الجهالة. وهو ظاهر ما تقدم أيضاً ، (و) لا (يلزم المشتري تسليم الشقص) للشفيع (حتى يقبض الثمن) لأن الأخذ بالشفعة قهري والبيع عن رضا ، (وإن أفلس الشفيع) بعد الأخذ بالشفعة ، (الثمن) كله (في الذمة) أي ذمة الشفيع (خير مشتر بين فسخ) الأخذ بالشفعة ، (و) بين (ضرب مع الغرماء بالثمن كبائع) مع مشتر أفلس ، لحديث : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ عِنْدَ مَنْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقّ بِهِ » [1] ، وتقدم في الحجر .

(وما يزاد في الثمن) في مدة الخيار يلحق به (أو يحط منه) أي الثمن (في مدة الخيار) أي المجلس، أو الشرط (يلحق به) أي بالعقد ، لأن زمن الخيار كحالة العقد ، و(لا) يلحق به (ما) زيد أو حط من الثمن (بعدها) أي مدة الخيار ، لأن الزيادة حينئذ هبة يشترط لها شروطها ، والنقصان إبراء ، فلا يثبت شيء منهما في حق الشفيع لكونه وجد بعد استقرار العقد ، أشبه ما لو وهب أحدهما الآخر عيناً أخرى ، (وإن كان الثمن) عن الشقص المشفوع (مؤجلاً أخذه) أي الشقص (الشفيع بالأجل إن كان) الشفيع (مليئاً وإلا) بأن كان معسراً (أقام) الشفيع (كفيلاً مليئاً) بالثمن (وأخذ) الشفيع الشقص (به) أي بالثمن مؤجلاً ، لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته والتأجيل من صفته ، واعتبرت الملاءة أو الكفيل دفعاً لضرر المشتري ، (فلو لم يعلم) الشفيع بالبيع (حتى حل) الثمن المؤجل ، (فـ) الثمن (كالحال) أي كما لو اشترى به حالاً ، (وإن اختلفا) أي الشفيع والمشتري (في قدره) أي الثمن بأن قال المشتري : اشتريته بثلاثين . وقال الشفيع : بل بعشرين مثلاً ، (فالقول قول المشتري) مع يمينه لأنه العاقد فهو أعلم بالثمن ، ولأن المبيع ملكه فلا ينزع منه بدعوى مختلف فيه (إلا أن يكون للشفيع بينة) والشفيع ليس بغارم ، لأنه لا شيء عليه ، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه بخلاف غاصب ومتلف ، (وإن أقام كل واحد منهما بينة) بما ادعاه (قدمت بينة الشفيع) لأنها بمنزلة بينة الخارج .

(ولا تقبل شهادة البائع لواحد منهما) أي الشفيع أو المشتري لأنه متهم ، ويقبل عدل وامرأتان وشاهد ويمين ، (ويؤخذ بقول مشتر في جهله به) أي بالثمن لأنه أعلم

---

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض ، باب إذا وجد ماله عند مفلسه ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري .

بنفسه ، (فيحلف أنه لا يعلم قدره) أي الثمن ، (ولا شفعة) لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه إلا أن يفعل ذلك تحيلاً على إسقاطها فلا يسقط ، (فإن أتهمه) الشفيع (أنه) أي المشتري (فعله حيلة) لإسقاط الشفعة (حلفه) أنه لم يفعله حيلة ، (وإن وقع) ذلك (حيلة دفع) الشفيع (إليه) أي المشتري مثل (ما أعطاه) للبائع إن علم (أو قيمة الشقص) إن تعذرت معرفة الثمن وهذا معنى قوله: (فإن كان) الثمن (مجهولاً كصبرة نقد ونحوه) كصبرة بر أو شعير (وجوهرة ، دفع) الشفيع (مثله) أي مثل المثلى (أو قيمته) أي قيمة المتقوم إن علم ذلك ، (فإن تعذر) علمه لتلفه ونحوه ، (فـ) للشفيع الأخذ بـ (قيمة الشقص) حيث وقع ذلك حيلة ، (وتقدم بعضه) في الباب ، (وإن اختلفا) أي الشفيع والمشتري (في الغراس والبناء) اللذين (في الشقص) المشفوع ، (فقال المشتري : أنا أحدثته فأنكر الشفيع) وقال : بل اشتريته مغروساً ومبنياً ، (فقول المشتري بيمينه ، لأنه ملك المشتري والشفيع يريد تملكه عليه ، فلا يقبل منه إلا ببينة ، وإن أقاما بينتين قدمت بينة شفيع ، (وإن قال المشتري : اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف) لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ، فلم يستحق الرجوع بأكثر ، (فإن قال المشتري : غلطت، أو نسيت، أو كذبت) والبينة صادقة (لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن إقراره بحق لآدمي ، فلم يقبل كما لو أقر له بدين ، (وإن ادعى) الشفيع (أنك) أيها الواضع يدك على الشقص (اشتريته بألف) فلي الشفعة، أحتاج إلى تحرير الدعوى ، فيحدد المكان الذي فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص وثمنه ، فإن اعترف لزمه ، وإن أنكر ، (فقال) واضع اليد : (بل أتهبته أو ورثته) فلا شفعة ، (فالقول قوله مع يمينه) أنه أتهبه، أو ورثه ، لأن الأصل معه والمثبت للشفعة البيع ولم يتحقق ، وإن قال : لا تستحق عليَّ شفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، وهي على حسب جوابه ، (فإن نكل) المدعي عليه (عنها) أي اليمين (أو قامت للشفيع بينة) بدعواه ، (فله أخذه) أي الشقص بالشفعة، لأن البيع ثبت بالنكول لقيامه مقام الإقرار، أو بالبينة، وإذا ثبت تبعته حقوقه ، والأخذ بالشفعة من حقوقه ، (و) حينئذ يعرض عليه الثمن ، فإن أخذه دفع إليه وإلا فـ (يبقى الثمن في يده) يعني في ذمة الشفيع (إلى أن يدعيه المشتري) فيدفع إليه ، وكذا لو ادعى الشفيع أن واضع اليد اشتراه ، فأنكر وأقر البائع ، ويأتي ، ولو ادعى شريك على حاضر بيده نصيب شريكه الغائب : أنه اشتراه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه المدعي عليه أخذه منه ، وكذا لو ادعى الشريك على الحاضر أنه باع نصيب الغائب بإذنه فقال : نعم ، فإذا قدم الغائب فأنكر، حلف، وانتزع الشقص ، وطالب

بالأجرة من شاء منهما ، وقرار الضمان على الشفيع ، وإن أنكر واضع اليد أنه اشترى نصيب الغائب ، وقال : بل أنا وكيل في حفظه أو مستودع ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل احتمل أن يقضي عليه ، لأنه لو أقر لقضي عليه ، واحتمل ألا يقضي عليه ، لأنه قضاء على غائب بلا بينة ولا إقرار ، ذكره في المغني والشرح .

★ ★ ★

(بسم الله الرحمن الرحيم)[1]

ولا شفعة في بيع فيه خيار مجلس، أو خيار شرط (قبل انقضائه) أي الخيار، (سواء كان الخيار لهما) أي المتبايعين ، (أو لأحدهما) لما في الأخذ من إبطال خياره ، وإلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه ، وإيجاب العهد عليه ، وتفويت حقه من الرجوع في عين الثمن إن كان الخيار له ، وتفويت حق البائع من الرجوع في عين المبيع إن كان الخيار له ، (وبيع المريض) ولو مرض الموت المخوف (كبيع الصحيح في الصحة) أي كون البيع صحيحاً ، (وفي ثبوت الشفعة وغيرها) من الأحكام المترتبة على البيع ، لأنه من مكلف رشيد ، لكن في المحاباة تفصيل يأتي بيانه في عطية المريض ، (ويأخذ الشفيع الشقص) المشفوع (بما صح البيع فيه) إذا كان فيه محاباه من المريض ، على ما يأتي ، (وإن أقر بائع ببيع) شقص مشفوع ، (وأنكر مشتر) شراءه (وجبت الشفعة بما قال البائع) من الثمن ، لأن البائع أقر بحقين : حق للشفيع ، وحق للمشتري ، فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع ، كما لو أقر بدار لرجلين ، فأنكر أحدهما، (فيأخذ الشفيع الشقص منه) أي من البائع ، (ويدفع) الشفيع (إليه الثمن إن لم يكن) البائع (مقراً بقبضه) من المشتري ، (وإن كان) البائع (مقراً بقبضه) أي الثمن (من المشتري بقي في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه المشتري ، وليس للشفيع ، ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه) لعدم الحاجة إليه ، لوصول كل منهما إلى مقصوده بدون المحاكمة ، (ومتى ادعى البائع) الثمن دفع إليه ، (أو) متى ادعى (المشتري الثمن دفع إليه ، لأنه لأحدهما ، وإن ادعياه) أي الثمن (جميعاً ، فأقر المشتري بالبيع ، وأنكر البائع القبض ، فهو) أي الثمن (للمشتري) فيأخذه من الشفيع وطلب البائع حينئذ على المشتري بالثمن ، ما لم يثبت دفعه إليه ، (وعهدة الشفيع على المشتري) لأن الشفيع ملك الشقص من جهة المشتري ، فهو كبائعه ، (وعهدة المشتري على البائع) لما ذكر ، (إلا إذا أقر البائع وحده بالبيع) وأنكر المشتري الشراء ، وأخذ

---

(1) هكذا في مخطوطة المسجد القصبي بطنطا في بداية الربع الثالث من الكتاب ، وهي بخط السيد حسن القصبي شيخ الإسلام ، وذكر أنه قرأها على المؤلف .

الشفيع الشقص من البائع ، (فالعهدة عليه) أي على البائع لحصول الملك للشفيع من جهته ، قاله الزركشي . والعمدة في الأصل كتاب الشراء ، (والمراد بالعهدة هنا : رجوع من انتقل الملك إليه) من شفيع أو مشتر (على من انتقل عنه) الملك من بائع، أو مشتر (بالثمن) ، أو الأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه) ، فإذا ظهر الشقص مستحقاً رجع الشفيع على المشتري بالثمن ، ثم المشتري على البائع ، وإن ظهر الشقص معيباً ، واختار الشفيع الإمساك مع الأرش ، رجع بالأرش على المشتري ، ثم المشتري على البائع لما تقدم ، (فإن أبى المشتري قبض المبيع) ليسلمه للشفيع (أجبره الحاكم عليه) أي على قبض الشقص ، لأن القبض واجب ، ليحصل حق المشتري من تسليمه ، ومن شأن الحاكم أن يجبر الممتنع ، (وإن ورث اثنان شقصاً عن أبيهما) أو أمهما، أو أخيهما ونحوه ، (فباع أحدهما نصيبه) للآخر أو غيره ، (فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه)،أو أمه، أو أخيه ونحوه ، لأنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ، فكانت بينهما ، كما لو تملكاها بسبب واحد ، ولأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته ، وهو موجود في حق الكل ، وكذا لو اشترى اثنان نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر، أو ورثاه، أو اتهباه، أو وصل إليهما بسبب ما من أسباب الملك ، فباع أحدهما نصيبه ، وهذه المسائل وشبهها داخلة فيما سبق من قوله : وهي بين شركاء على حسب أملاكهم ، (ولا شفعة لكافر حين البيع ، أسلم بعد) البيع ، (أو لا) أي لم يسلم (على مسلم) لقوله ﷺ : « لا شُفْعَةَ لِنَصْرَانِيٍّ » رواه الدارقطني في كتاب العلل ، وأبو بكر ، وفي إسنادهما بابل بن نجيح عن سفيان الثوري عن حميد عن أنس ، وبابل ضعفه الدارقطني وابن عدي ، ولأنه معنى يختص به العقار ، أشبه الاستعلاء في البنيان (وتجب) أي تثبت الشفعة (فيما) أي في شقص مشفوع (ادعى شراءه لموليه) أي محجوره ، لأن الشفعة حق ثبت لإزالة الضرر ، فاستوى فيه مطلق التصرف والمحجور عليه ، ويقبل إقرار وليه به ، كإقراره بعيب في مبيعه ، وكذا ما ادعى أنه اشتراه لفلان الغائب ، فإن الشفعة تثبت فيه ، ويأخذه الحاكم ويدفعه للشفيع والغائب على حجته إذا قدم ، وأما لو أقر المدعي عليه بمجرد الملك لمحجوره، أو موكله الغائب ، ثم أقر بالشراء بعد ذلك ، لم تثبت الشفعة حتى تقوم بالشراء بينة، أو يقدم الغائب ، أو ينفك الحجر عن المحجور ويعترفا بالشراء ، لأن الملك ثبت لهما بالإقرار ، وإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار في ملك غيره ، فلم يقبل ، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب ببيانه لأنه لا فائدة في الكشف عنه ، ذكره في المغني والشرح ، (و) تثبت الشفعة (للمسلم) على الكافر لعموم الأدلة ، لأنها إذا ثبتت

على المسلم مع عظم حرمته فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى ، (و) تثبت الشفعة أيضاً (لكافر على كافر) لاستوائهما كالمسلمين ، (ولو كان البائع) للشقص المشفوع (مسلماً) لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري المساوي له لا من البائع ، (ولو تبايع كافران بخمر أو خنزير) أو نحوهما ، (وتقابضا) قبل إسلامهما ، أو ترافعهما إلينا (لم ينقض البيع) ، وكذا سائر تصرفاتهم ولا شفعة ، لأن الثمن ليس بمال وتقدم ، (ولا شفعة لأهل البدع الغلاة على مسلم) لما تقدم من أنه لا شفعة لكافر على مسلم ، وأهل البدع الغلاة ، (كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة إلى النبي ﷺ ، وإنما أرسل إلى عليّ ونحوه) كمن يعتقد ألوهية عليّ [(١)] ، لأنها إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى ، (وكذا حكم من حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن) ونحوه ، ويأتي في الشهادات قولهم : ويكفر مجتهدهم الداعية ، (وتثبت) الشفعة (لكل من حكمنا بإسلامه منهم) أي من أهل البدع ، (كالفاسق بالأفعال) من زنا ولواط وشرب خمر ونحوه ، (و) تثبت الشفعة (لكل من البدوي) أي ساكن البادية (والقروي) أي ساكن القرى (على الآخر) لعموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضى لوجوب الشفعة ، (ولم ير) الإمام (أحمد في أرض السواد شفعة) لأن عمر وقفها ، (وكذا الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر) بن الخطاب رضي الله تعالى عنه (كأرض الشام ، و) أرض (مصر ، وغيرها ، مما لم يقسم بين الغانمين) قال في المغني والشرح : (إلا أن يحكم ببيعها حاكم، أو يفعله) أي بيعها (الإمام أو نائبه ، فتثبت) الشفعة (فيه) أي فيما حكم به الحاكم لو باعه الإمام، أو نائبه ، لأنه مختلف فيه ، وحكم الحاكم ينفذ فيه ، وفعله كحكمه ، قال الحارثي : ويخرج على القول بجواز الشراء ثبوت الشفعة ، لأنها فرع منه، (ولا شفعة لمضارب على رب المال إن ظهر ربح) لأنه يصير له جزء من مال

---

(١) إن الوصف الذي أطلقه المؤلف على من يخطئون جبريل أو يخونونه أو يؤلهون علياً أقول : إن هذا الوصف الذي أطلقه المؤلف عليهم وهو أنهم أهل بدع غلاة لا يناسب جرمهم ولا يتعادل مع ذنبهم ، وكان الأحرى به أن يكفرهم نصاً ، وصراحة لأنه لا فرق عندنا ولا في شريعتنا بين من يقول : إن الله هو المسيح عيسى ابن مريم وبين من يقول : إن الله هو عليّ بن أبي طالب والقرآن يقول : ﴿ لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح بن مريم ﴾ ، فالقائلون بألوهية عليّ يتساوون في الحكم مع القائلين بألوهية عيسى بنص القرآن ، ولذلك أرى أن القائلين بخطيء جبريل أو خيانته وبألوهية عليّ هم كفار وليسوا مسلمين ، والواجب أن تجري عليهم كل أحكام الكافرين ، ولا مصلحة للإسلام ولا للمسلمين في أن يظل هؤلاء مسلمين اسماً لا عقيدة لأن تركهم في مفاهيم هذا الشعار الإسلامي مهما ألصقنا بهم من نعوت ، أو أوصاف لا يمنع ضلالهم ولا ضررهم ، ولا يعود على الإسلام والمسلمين منهم أي خير .

المضاربة ، فلا تثبت له على نفسه ، (وإلا) أي وإن لم يظهر ربح (وجبت) الشفعة، لأنه أجنبي (وصورته : أن يكون للمضارب شقص في دار) تنقسم إجباراً ، (فيشتري) المضارب (من مال المضاربة بقيتها) أي الدار ، (ولا) شفعة أيضاً (لرب المال على مضارب ، وصورته : أن يكون لرب المال شقص في دار ، فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها) لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه ، (ولو بيع شقص) مشفوع من عقار (فيه شركة مال المضاربة ، فللعامل الأخذ) أي أخذ الشقص (بها) أي بالشفعة للمضاربة (إذا كان الحظ فيها) أي في الشفعة أي في الأخذ بها ، كما لو كان ثمنه دون ثمن المثل ، لأنه بمظنة أن يربح ، (فإن تركها) أي ترك العامل الأخذ بالشفعة لرأي رآه من بيعه بأكثر من ثمن المثل ونحوه ، (فلرب المال الأخذ) بالشفعة ، لأن مال المضاربة ملكه ، والشركة في الحقيقة إنما هي له ، (ولا ينفذ عفو العامل) عن الشفعة ، لأن الملك لغيره ، أشبه العبد المأذون له في التجارة ، (ولو باع المضارب من مال المضاربة شقصاً) مشفوعاً (في شركة نفسه ، لم يأخذ) أي المضارب الشقص (بالشفعة) من نفسه ، (لأنه) أي المضارب (متهم) أشبه شراءه من نفسه ، وتثبت الشفعة للسيد على المكاتب ، لأن السيد لا يملك ما في يده ولا يزكيه ، ولهذا جاز أن يشتري منه ، بخلاف العبد المأذون له ، وإن كان عليه دين فلا شفعة لسيده عليه ، لأنه لا يصح شراؤه منه ، لأن ما بيده ملك لسيده ، كما تقدم في آخر الحجر .



باب الوديعة

وهي فعيلة ، من ودع الشيء إذا تركه ، إذ هي متروكة عند المودع ، وقيل : مشتقة من الدعة ، فكأنها عند المودع غير مبتذلة للانتفاع . وقيل : من ودع الشيء إذا سكن ، فكأنها ساكنة عند المودع ، وشرعاً : (اسم للمال) أو المختص ، ككلب الصيد (المودع) -بفتح الدال- أي المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض ، فخرج بقيد « المال » أو « المختص» الكلب الذي لا يقتني والخمر ونحوهما مما لا يحترم ، وبقيد « المدفوع » ما ألقته الريح إلى دار من نحو ثوب ، وما أخذه بالتعدي ، وبقيد « الحفظ » العاري ، ونحوها وبقيد «عدم العوض» الأجير على حفظ المال ، وبما ذكرته تعلم ما في كلامه من القصور والدور. قال الأزهري : وسميت وديعه -بالهاء- لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة . انتهى .

والإجماع في كل عصر على جوازها ، وسنده قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ [1] مع السنة الشهيرة ، منها قوله ﷺ : « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلى مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » [2] رواه أبو داود والترمذي وحسنه ، والمعنى يقتضيها لحاجة الناس إليها ، لأنه يتعذر عليهم حفظ أموالهم بأنفسهم ، (والإيداع توكيل) رب المال جائز التصرف ، (في حفظه تبرعاً) من الحافظ ، (والاستيداع توكل) جائز التصرف (في حفظه) أي حفظ مال غيره (كذلك) أي تبرعاً (بغير تصرف) في المال المحفوظ ، ومحترز تلك القيود علم مما قدمته، (ويكفي القبض قبولاً) للوديعة كالوكالة ، (وقبولها) أي الوديعة (مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة) أي أنه ثقة قادر على حفظها ، لقوله ﷺ : « وَاللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيه » [1] قال في المبدع : ويكره لغيره إلا برضا ربها . انتهى .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

(٢) أخرجه الدارمي في كتاب البيوع ، باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة ، وأبو داود في السنن، كتاب البيوع ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، والترمذي في السنن ، كتاب البيوع ، باب (٣٨) ، الحديث (١٢٦٤) ، وقال : « حسن غريب » ، والحاكم في المستدرك : ٤٦/٢ ، كتاب البيوع، باب أد الأمانة إلى من ائتمنك .

(٣) الحديث متفق عليه من رواية ابن عمر ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب المظالم ، باب لا يظلم المسلمُ المسلم ، وأخرجه مسلم في كتاب البر ، باب تحريم الظلم .

قلت : ولعل المراد بعد إعلامه بذلك إن كان لا يعلمه لئلا يغره (هي) أي الوديعة بمعنى العقد (عقد جائز من الطرفين) لأنها نوع من الوكالة ، (فإن أذن المالك) للمدفوع إليه المال (في التصرف) أي استعماله ، (ففعل) أي استعمله حسب الإذن (صارت عارية مضمونة) كالرهن إذا أذن ربه للمرتهن في استعماله ، فإن لم يستعملها فهي أمانة ، لأن الانتفاع غير مقصود ولم يوجد ، فوجب تغليب ما هو المقصود ، (ويشترط فيها) أي الوديعة (أركان وكالة) أي ما يعتبر في الوكالة من البلوغ، والعقل والرشد ، (وتنفسخ) الوديعة (بموت) أحد المتعاقدين (وجنونـ) ـه ، (و) بـ (عزل مع علمه) بالعزل ، فإن عزلها ربها ولم يعلم المودع بذلك لم ينعزل لعدم الفائدة فيه ، إذ المال بيده أمانة لا ينصرف فيه ، بخلاف الوكيل ، (وهي) أي الوديعة (أمانة) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ [1] .

(لا ضمان عليه) أي المودع (فيها) أي الوديعة لما روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : مَنْ أودعَ وَدِيعَةً فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ » [2] رواه ابن ماجة ، ولأن المستودع يحفظها لمالكها ، فلو ضمنت لامتنع الناس من الدخول فيها ، وذلك مضر، لما فيه من مسيس الحاجة إليها ، (إلا أن يتعدى) الوديع (أو يفرط) أي يقصر في حفظ الوديعة فيضمنها ، لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه ، كما لو أتلفه من غير إيداع ، والمفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها ، (فإن عزل) الوديع (نفسه ، فـ) ـقد انعزل ، لأنها جائزة ، أشبه ما لو عزله ربها ، و(هي) أي الوديعة (بعده) أي بعد عزله نفسه (أمانة ، حكمها) ما دامت (في يده حكم الثوب الذي أطارته الريح إلى داره) لأنه لم يتعد بوضع يده عليها ، وإذن ربها له في حفظها بطل بعزله نفسه (يجب) عليه (رده) إلى ربه فوراً مع التمكن ، لعدم إذن ربه في بقائه بيده .

(فإن تلف) المال المودع عند الوديع بعد عزله نفسه أو الثوب الذي أطارته الريح إلى داره (قبل التمكن من رده فهدر) لا ضمان فيه ، وفهم منه ؛ أنه إن تلف بعد تمكنه من رده أنه يضمنه ، لأنه متعد بإمساكه فوق ما يتمكن فيه من الرد ، (وإن تلفت) الوديعة، (ولو لم يذهب) أي يتلف (معها شيء من ماله) أي الوديع (لم يضمن) الوديع الوديعة لعموم ما سبق وما روى سعيد : حدثنا هشيم أخبرنا حميد الطويل عن أنس أن

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٣ .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٨٠٢/٢ ، كتاب الصدقات ، باب الوديعة ، الحديث (٢٤٠١) ، وفي الزوائد هذا إسناد ضعيف لضعف المثني والراوي عنه .

عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه « ضَمَّنَهُ وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ » محمول على التفريط من أنس في حفظها ، فلا منافاة (إلا أن يتعدى) الوديع (أو يفرط في حفظها) أي الوديعة فتتلف ، فيضمنها لما تقدم .

(وإن شرط) رب الوديعة (عليه) أي الوديع (ضمانها) أي الوديعة لم يصح الشرط ، ولا يضمنها الوديع ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح وتقدم ، (أو قال) الوديع : (أنا ضامن لها) أي الوديعة (لم يضمن) ما تلف بغير تعد أو تفريط لأن ضمان الأمانات غير صحيح ، وتقدم فلذلك قال : (وكذلك كل ما أصله الأمانة) كالرهن والعين المؤجرة والموصي بنفعها ونحوها لا يصح شرط ضمانها لما تقدم .

(ويلزمه) أي الوديع (حفظها) أي الوديعة (بنفسه أو وكيله ، أو من يحفظ ماله ، كزوجة وعبد ، كما يحفظ) الوديعة (ماله في حرز مثلها عرفاً ، كحرز سرقة) لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلى أَهْلِهَا ﴾ [1] ، ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ كما ذكر . قال في الرعاية : من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة ، وإلا ضمن (إن لم يعين ربها حرزاً) فإن عينه تعين هو أو مثله ، ويأتي (فإن لم يحرزها) الوديع (في حرز مثلها) مع عدم التعيين ضمنها ، لأنه مفرط ، (أو سعي) الوديع (بها إلى ظالم ، أو دل) الوديع (عليها لصاً فأخذها) اللص (ضمنها) الوديع لتعديه أو تفريطه ، (وإن وضعها) الوديع (في حرز مثلها ثم نقلها) الوديع (عنه إلى حرز مثلها ، ولو كان) المنقول إليه (دون) الحرز (الأول لم يضمن) الوديع الوديعة ، لأن صاحبها رد حفظها إلى اجتهاده ، ولم يحصل منه تفريط ، (ولو كانت العين) المقصود حفظها (في بيت صاحبها ، فقال) صاحبها (لرجل ، بأجرة أو) بـ (بلا) أجرة (أحفظها في موضعها فنقلها) المستحفظ (عنه) أي عن موضعها (من غير خوف ضمنها ، لأنه ليس بمودع) -بفتح الدال- (إنما هو وكيل في حفظها في موضعها) فهو متعد بنقلها ، لأنه غير مأذون فيه ، (إلا أنه يخاف) المستحفظ (عليها) التلف ، (فعليه إخراجها) لأنه من حفظها في هذه الحالة .

(وإن عين صاحبها) أي الوديعة (حرزاً فجعلها) المودع (في) حرز (دونه ضمن) الوديع (سواء ردها) المودع (إليه) أي إلى الحرز الذي عينه صاحبها (أو لا) لأنه خالفه في حفظ ماله ، (وإن أحرزها بمثله) أي بحرز مثل الذي عينه صاحبها في الحفظ ، (أو) بحرز (فوقه) أي أحرز منه ، كلبس خاتم في خنصر فلبسه في بنصر لا

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

عكسه (لم يضمن) الوديع ، (ولو) أخرجها (لغير حاجة) لأن تعيينه الحرز إذن فيما هو مثله ، كمن اكترى لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، فما فوقه من باب أولى ، (وإن نهاه) أي نهى صاحب الوديعة المودع (عن إخراجها فأخرجها) الوديع (لغشيان نار ، أو) غشيان (سيل ، أو) غشيان (شيء الغالب فيه التوى) بالمثناة الفوقية أي الهلاك ، (ويلزمه) أي الوديع إخراج الوديعة ، (إذن) أي عند غشيان شيء الغالب منه الهلاك كالنهب (لم يضمن) الوديع الوديعة إن تلفت إذن (إن وضعها) الوديع (في حرز مثلها ، أو) في حرز (فوقه) لأن حفظها نقلها ، وتركها يضيعها ، (فإن تعذرا) أي حرز مثلها وما فوقه عند غشيان ما الغالب منه الهلاك ، (وأحرزها) الوديع (في دونه) في هذه الحال ، (فلا ضمان) على الوديع ، لأن إحرازها به إذن أحفظ لها من تركها بمكانها ، وليس في وسعه حينئذ سواه .

(وإن تركها) أي ترك الوديع الوديعة في الحرز الذي عينه ربها مع غشيان ما الغالب منه الهلاك ، (فتلفت ضمنـ) ـها الوديع ، (سواء تلفت بالأمر المخوف أو غيره) لأنه مفرط به ، (وإن أخرجها) أي الوديعة من المكان الذي عينه ربها ونهاه عن إخراجها منه (لغير خوف ، ويحرم إخراجها) إذن (ضمن) الوديع الوديعة ، (ولو) أخرجها (إلى حرز مثلها ، أو) حرز (فوقه) لأنه خالف ربها لغير فائدة ، فكان متعدياً بذلك، بخلاف ما إذا لم ينهه كما تقدم قريباً .

وإذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها وتلفت ، فادعى الوديع أنه أخرجها لغشيان شيء الغالب منه الهلاك ، وأنكر صاحبها وجوده ، فعلى الوديع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه ، لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لظهوره ، فإذا ثبت قبل قوله في التلف به بيمينه ، (وإن) عين رب الوديعة حرزاً ، و(قال) للوديع : (لا تخرجها) من ذلك الحرز ، (وإن خفت عليها فأخرجها عند الخوف) فتلفت لم يضمنها ، لأنه زيادة خير وحفظ ، (أو تركها) عند الخوف فتلفت (لم يضمنـ) ـها الوديع ، لأنه ممتثل أمر صاحبها ، كما لو قال له : أتلفها فأتلفها ، والحكم في إخراجها من الخريطة ، أو الصندوق كالحكم في إخراجها من البيت فيما تقدم تفصيله .

(وإن أودعه بهيمة ولم يأمره) ربها (بعلفها ، و) لا (سقيها) لزمه ذلك ، لأنه من كمال الحفظ ، بل هو الحفظ بعينه ، لأن العرف يقتضي علفها وسقيها فهو مأمور به عرفاً ، (أو أمره) رب البهيمة (بذلك) أي بعلفها وسقيها (لزمه) علفها وسقيها لأنه من حفظها، (فإن لم يعلفها) الوديع، أو لم يسقها (حتى ماتت) البهيمة المودعة جوعاً أو عطشاً (ضمنـ) ـها الوديع لتفريطه في حفظها وتعديه بترك ما أمر به عرفاً أو نطقاً ،

(إلا أن ينهاه) أي الوديع (المالك عن علفها) أو سقيها فيتركه فتتلف ، (فلا يضمن) الوديع (لأن مالكها أذنه في إتلافها ، أشبه ما لو أمره بقتلها ، (لكن يأثم) الوديع بترك علفها وسقيها حتى مع الأمر بتركهما لحرمة الحيوان ، (وإن قدر المستودع على صاحبها) أي البهيمة (عليه) أي على مالكها أو وكيله ، (أو) طالبه بأن (يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع) الوديع (به) أي بما أنفقه ، لأن النفقة على الحيوان واجبة على مالكه ، وهذه طريق الوصول إليها منه ، (فإن عجز) المستودع (عن صاحبها ، و) عجز عن (وكيله) أو لم يقدر على أن يتوصل إلى أحدهما ليطالبه بالإنفاق عليها، أو استردادها، أو أن يأذنه في النفقة (رفع) المستودع (الأمر إلى الحاكم فإن وجد) الحاكم (لصاحبها ما لا أنفق عليها منه) لأن للحاكم ولاية على مال الغائب ، (وإن لم يجد) الحاكم لصاحبها ما لا (فعل) الحاكم (ما يرى فيه الحظ) أي ما يؤديه إليه اجتهاده أنه أحظ (لصاحبها من بيعها) وحفظ ثمنها لربها ، (أو بيع بعضها وإنفاقه) أي ثمن البعض (عليها) أي على ما بقي منها ، (أو إجارتها) وينفق من أجرتها عليها ويحفظ الباقي ، (أو الاستدانة على صاحبها فيدفعه) أي ما يستدينه الحاكم (إلى المودع ، أو) إلى أمين (غيره فينفق) المدفوع إليه (عليها) منه بحسب الحاجة ، (ويجوز) للحاكم (أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ليرجع على ربها إذا جاء ، (ويكون المودع) حينئذ (قابضاً من نفسه) لما ينفقه عليها (لنفسه) وتقدم نظيره في قبض المبيع ونحوه ، (ويكل) أي يفوض الحاكم (ذلك إلى اجتهاده) أي المودع (في قدر ما ينفق) على البهيمة المودعة مع أمانته .

قلت : والأحوط أن يقدر له ما ينفقه قطعاً للنزاع بعد ، (ويرجع) المستودع (به) أي بما أنفقه بإذن الحاكم (على صاحبها) لقيام إذن الحاكم مقام إذن .

(فإن اختلفا) أي المودع وربها (في قدْر النفقة) بأن قال المودع : أنفقت عشرة ، وقال ربها : بل ثمانية، (فـ) القول (قول المودع) -بفتح الدال- بيمينه (إذا ادعى النفقة بالمعروف) لأنه أمين ، (وإن ادعى) المودع (زيادة) عن النفقة بالمعروف، أو عما قدره له الحاكم إن قدر شيئاً (لم تقبل) دعواه لمنافاة العرف لها ، (وإن اختلفا) أي رب البهيمة والمودع (في قدر المدة) أي مدة الإنفاق ، بأن قال ربها : أنفقت منذ سنة ، فقال المستودع : بل من سنتين ، (فقول صاحبها) بيمينه ، لأن الأصل براء ذمته مما ادعاه عليه من المدة الزائدة ، وتقدم نظيره في ولي اليتيم ، (وإذا أنفق) المستودع (عليها بإذن حاكم رجع به) أي بما أنفقه لما مر ، (وإن كان) المستودع أنفق (بغير إذنه) أي الحاكم (مع تعذره) أي إذن الحاكم وغيبة ربها أو العجز عن استئذانه ، (وأشهد)

المستودع (على يالإنفاق) أي على أنه أنفق ليرجع (رجع) بما أنفقه على صاحبها لقيامه عنه بواجب ، (وإن كان) المستودع أنفق على البهيمة (مع إمكان إذن الحاكم ولم يستأذنه) أي الحاكم مع العجز عن استئذان ربها ، (بل نوى الرجوع لم يرجع) على صاحبها بشيء مما أنفقه ، صححه هنا في الإنصاف لعدم إذن ربها ، أو من يقوم مقامه مع قدرته عليه ، (وقيل : يرجع) المستودع بما أنفقه عليها على ربها إذا تعذر استئذانه ، ولو لم يستأذن حاكماً مع قدرته ولم يشهد ، (اختاره جمع) منهم ابن عبدوس في تذكرته ، وجزم به في المنتخب ، وصححه الحارثي ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير والفائق . قال في الإنصاف : وهو الصواب . انتهى ، وجزم به المصنف ، وصاحب المنتهي وغيرهما في الرهن ، وقطع به ابن رجب في القاعدة الخامسة والسبعين [1] كما دل عليه السياق ، فلا تعارض بين الكلامين ، لكن لا يناسبه قوله : وتقدم في الرهن إلا أن يحمل ما هنا على ما إذا لم ينهه عن علفها ، وما هناك على ما إذا نهاه عنه ، (وتقدم في الرهن ، ومتى أودعه) إنسان وديعة ، (وأطلق) فلم يأمره بوضعها في شيء بعينه، (فتركها) المستودع (في جيبه) أي إذا كان مزروراً أو أضيق الفم ، فإن كان واسعاً أو غير مزرور ضمن ، ذكره المجد في شرحه .

(أو) في (يده، أو شدها في كمه، أو) شدها في (عضده، أو ترك) المستودع (في كمه) مودعاً (ثقيلاً) بحيث يشعر به إذا سقط (بلا شد) لم يضمنه ، حيث لم يعين ربه حرزاً لجريان العادة به ، (أو تركها) أي ترك المستودع الوديعة (في وسطه وأحرز) أي شد (عليها سراويله لم يضمن) أن ضاعت ، لأنه لا يعد مفرطاً ، وفي الفصول : إن تركها في رأسه، أو غرزها في عمامته، أو تحت قلنسوته احتمل أنه حرز ، (وإن عين) رب الوديعة (جيبه) بأن قال للمستودع : اجعلها في جيبك (ضمن) المستودع الوديعة إن ضاعت ، وقد جعلها (في يده أو) في (كمه) لأن الجيب أحرز ، وربما نسي فسقطت من يده أو كمه ، و(لا) يضمن في (عكسه) بأن عين يده، أو كمه فجعلها في جيبه لأنه أحرز .

(وإن قال) رب الوديعة للمستودع : (اتركها في كمك فتركها في يده) ضمنها ، لأن اليد يسقط منها الشيء بالنسيان بخلاف الكم ، (أو عكسه) بأن قال : اتركها في يدك فتركها في كمه (ضمن) ، لأن الكم يتطرق إليه البسط بخلاف اليد ، فكل منهما أدنى من الآخر من وجه ، فضمن لمخالفته . وقال القاضي : اليد أحرز عند المغالبة

---

(١) راجع القواعد لابن رجب (ص١٤٣ - ١٤٨) ، طبع الكليات الأزهرية .

والكم أحرز عند عدمها ، (كما) يضمن المستودع (لو جاءه) رب الوديعة (بها في السوق وأمره) رب الوديعة (بحفظها ببينة فتركها) المستودع (عنده) إلى مضيه (إلى منزله) أو فوق ما يمكنه الذهاب بها فتلفت قبل أن يمضي بها إلى بيته ، لأن البيت أحفظ وتركها فوق ما يذهب بها تفريط ، (وإن أمره) رب الوديعة (أن يجعلها في صندوق ، وقال) رب الوديعة للمستودع : (لا تقفل عليها) الصندوق ، (ولا تنم فوقها فخالفه) وقفل عليها أو نام عليها ، فلا ضمان عليه لأنه محسن ، (أو قال) اجعلها في صندوق ، و(لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً ، فجعل عليها قفلين ، فلا ضمان عليه) لما تقدم ، (وإن قال) رب الوديعة : (اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً ، فـ) جعلها في البيت ، و(أدخل إليه قوماً فسرقها أحدهم حال إدخالهم أو بعده ضمنها) لأن الداخل ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها فسرقها ، وإن كان السارق من غيرهم أو كان التلف بحرق أو غرق ، ففي الضمان وجهان :

أحدهما : لا يضمن ، اختاره القاضي ، وقال في المبدع : إنه أصح .

والثاني : يضمن ، اختاره ابن عقيل والموفق ، ومال إليه الشارح ، وجزم به في المنتهى لمخالفته .

(وإن أودعه خاتماً وقال) ربه للمستودع : (اجعله في الخنصر فلبسه) المستودع (في البنصر لم يضمن) الخاتم إن ضاع ، لأن البنصر أغلظ ، فهي أحرز (لكن إن انكسر) الخاتم (لغلظها) أي البنصر ضمن ، لأنه أتلفه بما لم يأذن فيه مالكه ، (أو جعله) أي الخاتم (في أنملتها) أي البنصر (العليا ضمن) لأنه دنى من المأمور به ، وعبارة الإنصاف : ولم يدخل في جميعها ، فجعله في بعضها ضمن ، (وإن قال : اجعله في البنصر ، فجعله في الخنصر) ضمن لأنه دون المأمور به ، (أو) قال : اجعله في البنصر فجعله (في الوسطى ولم يدخل) الخاتم (في جميعها ضمن) لما تقدم ، (ولو أمره) رب الوديعة (أن يجعلها في منزله فتركها) المستودع (في ثيابه) ولو شدها فيها (وخرج بها ضمنها) لأن البيت أحرز .



فصل

وإن دفع المستودع الوديعة إلى من يحفظ ماله ، أي المستودع عادة ، (أو) دفعها إلى من يحفظ (مال ربها عادة ، كزوجته وعبده وخادمه ونحوهم) كخازن (لم يضمن)

المستودع إن تلفت ، لأنه قد وجب عليه حفظها ، فله توليه بنفسه وبمن يقوم مقامه ، ولقيامه ، ولقيامهم مقام ذلك في الرد ، (كوكيل ربها) وكما لو كانت الوديعة ماشية فدفعها للراعي أو لغلامه ليسقيها ، (ولو دفعها) أي دفع المستودع الوديعة (إلى الشريك) ربها في غيرها ، أو فيها ، أو دفعها المستودع إلى شريكه نفسه (ضمن) المستودع الوديعة إن تلفت (كالأجنبي المحض) الذي ليس بشريك ، أما شريكا العنان، فإن جاز إيداع أحدهما ، فالظاهر أنه لا ضمان على المستودع في الرد للآخر على ما تقدم في الشركة ، والعين لاثنين إذا أودعاها ليس للمستودع الرد على أحدهما إلا بإذن الآخر، فإن فعل ضمن حصته ، (وله) أي المستودع (الاستعانة بالأجانب في الحمل والنقل) أي في حمل الوديعة ونقلها من موضع إلى آخر ، حيث جاز لجريان العادة به ، (و) له الاستعانة بالأجانب أيضاً في (سقي الدابة) المودعة ، (وعلفها) لأن الإنسان يفعل ذلك في ماله ، فكذا في الوديعة ، (وإن دفعها) أي دفع المستودع الوديعة (إلى أجنبي) لعذر لم يضمن ، (أو) دفع الوديعة إلى (حاكم لعذر) كمن حضره الموت أو أراد سفراً وخاف عليها (لم يتعد ولم يفرط ، (ولا) بأن دفعها لأجنبي أو حاكم بلا عذر (ضمن) المستودع الوديعة لتعديه ، لأن المستودع ليس له أن يودع بلا عذر . قال في المبدع: ولعله غير ظاهر في الحاكم . انتهى ، وفيه نظر ، إذ الحاكم لا ولاية له على مكلف رشيد حاضر ، (وللمالك) أي مالك الوديعة (مطالبته) أي المستودع ببدل الوديعة ، لأنه صار ضامناً بنفس الدفع والإعراض عن الحفظ ، (و) لمالك الوديعة أيضاً (مطالبة الثاني) وهو القابض من المستودع ، لأنه قبض ما ليس له قبضه ، أشبه المودع من الغاصب ، (ولو كان) الثاني (جاهلاً بالحال) بأن لم يعلم أنها وديعة لا عذر للمستودع في إيداعها ، (ويستقر عليه) أي الثاني (الضمان إن كان عالماً) بأنها وديعة لا عذر في إيداعها ، فإن ضمنه المالك ابتداء لم يرجع على المستودع ، وإن ضمن المستودع رجع عليه ، لأن التلف وجد في يده ولا تغرير ، (وإلا) يكن عالماً بأنها وديعة لا عذر في إيداعها ، (فلا) يستقر عليه الضمان بل على المستودع ، فإن ضمن المالك المستودع ابتداء لم يرجع عليه ، وإن ضمنه رجع على المستودع لأنه غره ، (وإن أراد) المستودع (سفراً، أو خاف عليها عنده فله) أي المستودع (ردها على مالكها الحاضر أو من يحفظ ماله عادة) كزوجته، وعبده، وخازنه ، (و) ردها إلى (وكيله) أي وكيل رب الوديعة (في قبضها إن كان) لربها وكيل في قبضها أو قبض حقوقه ، لأن في ذلك تخليصاً له من دركها ، ومقتضاه : أنه إذا دفعها إلى الحاكم إذن يضمن ، لأنه لا ولاية له على الحاضر ، ويلزمه مؤنة الرد لتعديه ، (وله) أي المستودع (السفر بها والحالة

هذه) أي وربها حاضر (إن لم يخف) المستودع (عليها، أو كان) السفر (أحفظ لها) من إبقائها ، (ولم ينهه) رب الوديعة عن السفر بها . قال في المبهج والموجز : والغالب السلامة ، فعلى هذا لا يضمنها إن تلفت معه ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لا ، لأنه نقلها إلى موضع مأمون ، فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ، وكأب ووصي لا كمستأجر لحفظ شيء ، (وإن لم يجد من يردها عليه منهم) أي من المالك ومن يحفظ ماله ووكيله (حملها) المستودع (معه في سفره إن كان) السفر (أحفظ لها ولم ينهه) ربها عن السفر بها ، (ولا ضمان) على المستودع إذا سافر بها مع كونه أحفظ ولم ينهه ، (وإلا) بأن كان السفر ليس أحفظ ولو استوى الأمران ، (فلا) يسافر بها ، فإن فعل ضمن ، (وإن نهاه) أي نهى رب الوديعة المستودع عن السفر بها (امتنع) عليه السفر بها (وضمن) إن سافر بها وتلفت للمخالفة (إلا أن يكون السفر بها لعذر ، كجلاء أهل البلد، أو هجوم عدو، أو حرق، أو غرق فلا ضمان) عليه إذا سافر بها وتلفت ، لأنه موضع حاجة ، فإن تركها إذن وتلفت ، فمقتضى ما صححه في الإنصاف : يضمن حيث ترك الأصلح ، (ولو أودع) رب وديعة (مسافر فسافر) أي سافر المستودع (بها وتلفت بالسفر ، فلا ضمان عليه) لأن إيداع المالك في هذه الحالة يقتضي الإذن في السفر بالوديعة ، فإن هجم قطاع الطريق عليه) أي على المسافر بوديعة، حيث جاز له السفر بها ، (فألقى المتاع) المودع (إخفاء له وضاع ، فلا ضمان عليه) لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم ، (فإن خاف) المستودع (المقيم عليها) أي الوديعة (إذا سافر بها ولم يجد) المستودع (مالكها) ولا من يحفظ ماله عادة ، (ولا وكيله) في قبضها (دفعها) المستودع (إلى الحاكم) المأمون ، لأن في السفر بها غرراً ، لأنه عرضة للنهب وغيره ، ولأن الحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته . وظاهره : أنه إذا أودعها مع قدرته على الحاكم أنه يضمنها ، (فإن تعذر ذلك) أي دفعها إلى الحاكم المأمون (أودعها) المستودع (ثقة) لفعله ﷺ « لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُهَاجِرَ أَوْدَعَ الْوَدَائِعَ الَّتِي كَانَتْ عِنْدَهُ لأُمِّ أَيْمَنَ ، وَأَمَرَ عَلِياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنْ يَرُدَّهَا إِلى أَهْلِهَا » ، (أو دفنها) أي دفن المستودع الوديعة (إن لم يضرها الدفن ، وأعلم) المستودع (بها) أي بالوديعة المدفونة (ثقة يسكن تلك الدار) التي دفنها بها ، (فيكون) الدفن وإعلام الثقة الساكن (كإيداعه) لأن الحفظ يحصل به ، (فإن دفنها) المستودع (ولم يعلم بها أحداً ، أو) دفنها ، و(أعلم بها غير ثقة ، أو) أعلم بها (من لا يسكن الدار ولو ثقة ضمنها) لأنه فرط في الحفظ ، لأنه إذا لم يعلم أحداً قد يموت في سفره، أو يضل عن موضعها فلا تصل لربها ، وإذا أعلم غير ثقة ربما أخذها ، ومن لا يسكن الدار لا يتأتى حفظه ما فيها

وكذا لو كان الدفن يضرها ، (وحكم من حضرته الوفاة) وعنده وديعة (حكم من أراد سفراً في دفعها إلى الحاكم أو ثقة) أو دفنها ، وإعلام ساكن ثقة إن لم يجد ربها ولا من يحفظ ماله عادة ولا وكيله ، لأنه موضع حاجة ، (والودائع التي جهل ملاكها يجوز) للمستودع (أن يتصدق بها بدون) إذن (حاكم) وأن يدفعها إلى الحاكم ، (وكذلك إن فقد مالكها ولم يطلع على خبره وليس له ورثة) ، فيجوز للمستودع أن يتصدق بالوديعة بنية غرمها إذا عرفه، أو عرف وارثه ، وأن يدفعها للحاكم ، (وتقدم نظير ذلك في) باب (الغصب ، و) في آخر باب (الرهن) مفصلاً ، (و) تقدم أيضاً (أنه يلزم الحاكم قبول ذلك) أي ما ذكر من الغصب والرهن والوديعة ، وكذا نحوها (إذا دفع إليه) أي دفع ذلك إلى الحاكم من هو بيده من غاصب، ومرتهن، ووديع ونحوهم، (وإن تعدى) الوديع (فيها) أي في الوديعة (بانتفاعه) بها، (فركب) الوديع (الدابة) المودعة (لغير نفعها) أي علفها وسقيها ، و(لبس الثوب) المودع لا لخوف عث ونحوه ، (أو أخرجها لا لإصلاحها كـ) أن أخرجها (لنفاقها [1] ، أو) أخرجها (ليخون فيها ، أو) أخرجها (شهوة إلى رؤيتها ثم ردها) إلى حرزها (بنية الأمانة) بطلت، وضمن لتصرفه في مال غيره بغير إذنه ، (أو كسر) الوديع (ختم كيسها) أي الوديعة ، (أو كانت) الوديعة (مشدودة فحل) الوديع (الشد ، أو) كانت (مصرورة في خرقة ففتح) الوديع (الصرة) أو مقفولة فأزاله ، ضمن سواء أخرج منها شيئاً أو لا ، لهتكه الحرز بفعل تعدي فيه ، (أو جحدها) أي الوديعة ، (ثم أقربها) ضمن لأنه يجحدها خرج عن الاستئمان عنها ، فلم يزل عنه الضمان بالإقرار بها ، لأن يده صارت يد عدوان أو منعها بعد طلب طالبها شرعاً) بأن طلبها مالكها، أو وليه، أو وكيله الثابتة وكالته بالبينة ، (و) بعد (التمكن من دفعها) إلى ذلك الطالب ضمن ، لأن يده عادية إذن بمنعها (أو خلطها بما لا تتميز منه) كزيت بزيت أو شيرج ، ودراهم بدراهم ، (ولو كان التعدي) بشيء مما سبق (في إحدى عينين) مودعتين ، وكان فعل ما تقدم (بغير إذنه) أي المالك (بطلت) الوديعة ، (وضمن) المستودع لأنه صيّرها في حكم التالف وفوت على نفسه ردها ، أشبه ما لو ألقاها في بحر، وسواء خلطها بماله، أو مال غيره مثلها، أو دونها، أو أجود. في الرعاية: إذا خلط إحدى وديعتي زيد بالأخرى بلا إذن وتعذر التمييز فوجهان ، (ويأتي بعضه) في الباب ، (ولا تعود وديعة) بعد التعدي فيها بشيء مما سبق (إلا بعقد) وديعة (جديد) لبطلان الاستئمان بالعدوان ، (و) حيث بطلت الوديعة (وجب الرد فوراً)

---

(١) مراده الهلاك ، فإن كلمة نفق في اللغة بمعنى : هلك أو مات .

لأن يده صارت عادية كالغاصب ، (وإن خلطها غيره) أي خلط الوديعة غير المستودع بما لا تتميز منه ، (فالضمان عليه) أي الخالط دون المستودع ، لوجود العدوان من الخالط ، (ومتى جدد) المستودع (استئماناً) بريء ، فإن تلفت بعد لم يضمن ، لأنه لم يتعد في الاستئمان الذي تلفت فيه ، والأول قد زال ، (أو أبرأه) المالك (من الضمان) بتعديه (بريء) المستودع ، فلا يضمنها إن تلفت بعد ، لأنه ممسكها بإذن ربها وزال حكم التعدي بالبراءة .

(ولا يضمن) المستودع (بمجرد نية التعدي) في الوديعة (إذا تلفت) الوديعة بلا تعد ولا تفريط ، بخلاف الملتقط نوى التملك . والفرق : أن الإيداع عقد والنية ضعيفة فلا تزيله ، بخلاف الالتقاط ، (وإن خلطها) أي الوديعة مستودع (بمتميز كدراهم بدنانير ، أو دراهم بيض بسود) أو بر بشعير أو عدس ، لم يضمن لإمكان التمييز ، فلا يعجز بذلك عن ردها ، فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له ، (أو اختلط) مودع (غير متميز) كبر ببر ، أو دقيق بدقيق (بغير تفريط منه) فلا ضمان ، فإن ضاع البعض جعل من مال المودع في ظاهر كلام أحمد ، ذكره المجد في شرحه ، وذكر القاضي في الخلاف أنهما يصيران شريكين . قال المجد : ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما ، ذكره في القاعدة الثانية والعشرين ، (أو ركب) المستودع (الدابة) المودعة (لعلفها، أو سقيها) لم يضمن ، لأنه مأذون فيه عرفاً ، (أو لبس) المستودع (الثوب) من نحو صوف خوفاً عليه من عُثٍّ) جمع عثة -بضم المهملة- سوسة تلحس الصوف ، (ونحوه) بأن كانت فرشاً ونحوها ففرشها لخوف من عث ، أو كانت آلة صناعة من خشب فاستعملها لخوف من الأرضة ، (لم يضمن) لأنه محسن ، (وإن أخذ) المستودع (درهماً) بلا إذن من وديعة غير مختومة ولا مشدودة ولا مصرورة ، (ثم رده) وتلف ضمنه وحده ، (أو) أخذ منها درهماً ، ثم رد (بدله متميزاً) وضاعت ضمنه وحده ، (أو أذن) المالك (له) أي المستودع (في أخذه) درهماً (منها) فأخذه (ورد) المستودع (بدله بلا إذن فضاع الكل ضمنه) أي الدرهم المأخوذ (وحده) لأن الضمان تعلق بالأخذ ، فلم يضمن غير ما أخذه ، بدليل ما لو تلفت في يده قبل رده .

(إلا أن تكون) الوديعة دراهم (مختومة، أو مشدودة، أو مصرورة) فإن كانت كذلك ضمن الجميع ، لهتك الحرز بغير إذن ربه ، (أو) إلا أن (رد بدله غير متميز) وضاعت الوديعة (فيضمن الجميع) لخلطه الوديعة بما لا تتميز منه ، (كما لو لم يدر أيهما ضاع) بأن ضاع درهم مثلاً ولم يدر أهو المردود أو غيره من الوديعة فيضمنه ، لأن الأصل عدم براءته ، (ولو خرق) المستودع (الكيس) المشدود على دراهم ونحوها (من

فوق الشد لم يضمن إلا الخرق) لأنه لم يهتك الحرز ، (و) بخرق الكيس (من تحته) أي الشد (يضمن أرشه) أي الخرق ، (و) يضمن (ما فيه) من دراهم ونحوها إن ضاعت لهتكه الحرز ، (وإن أودعه صغير مميز، أو لا وديعة) أو أودعه مجنون، أو محجور عليه لسفه وديعة ، (فتلفت) عند المستودع ولو بلا تعد ولا تفريط (ضمنها) المستودع ، لأنه أخذ مال غيره بغير إذن شرعي ، أشبه ما لو غصبه ، (ولا يبرأ) المستودع من صغير ونحوه ، (إلا بالتسليم إلى وليه) كدينه ، وتقدم في الحجر (إلا أن يكون) المحجور عليه لحظه (مميزاً مأذوناً) له في الإيداع (أو يخاف) الآخذ لما معه (هلاكها معه فيأخذها لحفظها) حتى يسلمها لوليه (حسبة ، فلا) ضمان عليه (كالمال الضائع والموجود في مهلكة إذا أخذه لذلك) أي ليحفظه لربه ، (وتلف) قبل التمكن من رده ، (وكذا لو أخذ) إنسان (المال من الغاصب تخليصاً) له (ليرده إلى مالكه) فتلف قبل التمكن ، لم يضمنه لأنه محسن ، (وإن أودع) جائز التصرف (الصغير) وديعة ، (ولو) كان المستودع الصغير (قنا ، أو) أودع جائز التصرف (المجنون ، أو المعتوه : وهو المختل العقل) وديعة ، (أو) أودع جائز التصرف (السفيه وديعة ، أو أعارهم) أي أعار جائز التصرف الصغير ، أو المجنون ، أو المختل العقل ، أو السفيه (شيئاً فأتلفوه) بأكل أو غيره ، (أو تلف بتفريطهم ، لم يضمنوا) لأن المالك سلطهم على الإتلاف بالدفع إليهم ، (ويضمن ذلك) أي المودع والمعار (العبد المكلف) ومثله المدبر والمكاتب والمعلق عتقه على صفة وأم ولد (في رقبته إذا أتلفه) لأنه مكلف ، فصح استحفاظه ، وبه يحصل الفرق بينه وبين الصبي ، وكونها في رقبته ، لأن إتلافه من جنايته .

« تنبيه » : ظاهر قوله : « كغيره إذا أتلفه » أنه لو تلف بيده لا ضمان ولو بتعد أو تفريط ، وهو كالصريح في قول التنقيح : ولا يضمن الكل أي الوديعة والعارية بتلفهما بتفريط ، لكن مقتضى تعليلهم بما تقدم : أنه يضمن إن تعدى، أو فرط ويكون كإتلافه، (وإذا مات إنسان وثبت أن عنده وديعة) ، أو مضاربة ، أو رهناً ونحوها من الأمانات، (ولم توجد) تلك الوديعة ونحوها (بعينها) في تركته ، (فهي دين عليه تغرمها) الورثة (من تركته) لأنه لم يتحقق براءته منها (كبقية الديون) فإن كان عليه دين سواها فهما سواء ، وتقدم في المضاربة .

★ ★ ★



المودع أمين ، لأن الله تعالى سماها أمانة بقوله : ﴿ إن الله يأمُرُكُم أنْ تؤَدُّوا الأماناتِ

إِلَى أَهلِهَا ﴾ [1] ، (والقول قوله مع يمينه فيما يدعيه من رد) لأنه لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله بغير بينة ، (ولو) ادعى الرد (على يد عبده) أي عبد المالك ، (أو زوجته أو خازنه) أو وكيله أو حافظ ماله ، لأن أيديهم كيده ، قاله في القاعدة الرابعة والأربعين ، وإن دفع المستودع الوديعة لزوجته نفسه أو خازنه ونحوهما وادعوا الرد فقولهم بيمينهم . قال في المبدع بعد أن قدم ما جزم به المصنف سابقاً من أن للمودع دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله عادة كزوجته وخازنه ، وذكر مقابله : وعلى الأول يصدق في دعوى الرد ، أو التلف كالمودع . انتهى .

وقال الأزجي : إن ادعى الرد إلى رسول موكل ومودع ، فأنكر الموكل ضمن لتعلق الدفع بثالث ، ويحتمل لا ، وذكر المجد في شرحه : لو أودع أحد الشريكين ، حيث جاز وادعى الوديع الرد إليه قبل ، كما يقبل على المالك المحض ، وإن ادعى الرد على الشريك الآخر لم يقبل إلا ببينة ، (أو) ادعى الرد (بعد موت ربها) أي الوديعة (إليه) أي إلى رب الوديعة ، بأن ادعى ورثة المالك على المودع بالوديعة ، فقال : رددتها إليه قبل موته قبل قوله بيمينه ، كما لو كان المالك هو المدعي ، وأنكر ، (وكذا دعوى تلف) من مستودع فتقبل بيمينه ، (ولو) كان التلف (بسبب خفي من سرقة ، أو ضياع ونحوه) لتعذر إقامة البينة على ذلك .

فلو لم يقبل قوله فيه لامتنع الناس من قبول الأمانات مع الحاجة إليه . قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه أن المستودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت قبل قوله مع يمينه ، (فإن ادعاه) أي ادعى المستودع التلف (بسبب ظاهر كحريق، وغرق، وغارة ونحوها) كنهب جيش (لم يقبل) منه ذلك (إلا ببينة) تشهد (بوجود ذلك السبب في تلك الناحية) ، فإن عجز عن إقامة البينة بالسبب الظاهر ضمنها ، لأنه لا تتعذر إقامة البينة به والأصل عدمه ، (ويكفي في ثبوته) أي السبب الظاهر (الاستفاضة) قاله في التلخيص، والرعايتين، والحاوي الصغير وغيرها، فعلى هذا: إذا علمه القاضي بالاستفاضة قبل قول الوديع بيمينه ولم يكلفه بينة تشهد بالسبب، ولا يكون من القضاء بالعلم ، كما ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية في الحكم بالاستفاضة لا في خصوص هذه .

(فإذا ثبت السبب الظاهر بالبينة، أو الاستفاضة) (فالقول قوله) أي الوديع (في التلف مع يمينه) فيحلف أنها ضاعت به ، (وتقدم في الرهن والوكالة) نحو ذلك (ويقبل قوله) أي المستودع (في الإذن) أي أن المالك أذن له (في دفعها) أي الوديعة

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

(إلى إنسان) عينه ، (وأنه دفعـ) ها إليه مع إنكار المالك والإذن ولا بينة به ، لأنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة ، فكان القول قوله فيه ، كما لو ادعى ردها إلى مالكها ، ولا يلزم المدعي عليه للمالك غير اليمين لما لم يقر بقبضه ، وهذه المسئلة من المفردات . . ولو اعترف المالك بالإذن ، وأنكر الدفع قبل قول المستودع ، ثم ينظر في المدفوع إليه فإن أقر له بالقبض ، فلا كلام .

وإن أنكر حلف وبرئ أيضاً ، وفاتت على ربها إن كان الثاني وديعاً ، وإن كان ذا دين قبل قوله مع يمينه وضمن الدافع إن لم يشهد لتقصيره ، صدقه المالك أو كذبه ، وتقدم في الوكالة ، (و) يقبل قول المستودع أيضاً في نفي (ما يدعي عليه من خيانة وتفريط) لأن الأصل عدمهما ، (ولا تقبل دعواه) أي المستودع (الرد إلى ورثة المالك و) لا دعواه الرد إلى (الحاكم) إلا ببينة ، لأنهم لم يأتمنوه ، وكذا ورثة المودع لا يقبل قولهم في الدفع إلى المالك ولا إلى غيره ، لأنهم غير مؤتمنين عليها من قبل مالكها ، (فإن منع) المستودع (ربها) أي الوديعة (منها) أي من أخذها (أو مطله) أي أخر دفعها إلى مستحقها (بلا عذر ثم ادعى تلفاً) للوديعة (لم يقبل) منه ذلك (إلا ببينة) لأنه بالمنع أو المطل بطل الاستئمان . قلت : هو لا يزيد على الغاصب ، وهو يقبل قوله في التلف بيمينه ويضمن البدل ، (و) لو سلم المستودع (وديعة إلى غير ربها كرهاً) لم يضمن ، (أو صاده سلطان لم يضمن) الوديعة ، لأن الإكراه عذر يبيح له دفعها ، (كما لو أخذها) السلطان (منه) أي المستودع (كرهاً) أي قهراً ، وعند أبي الوفاء : إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالاً ، ويضمن ، (وإن آل الأمر إلى الحلف) أي وإن طلب من المستودع أن يحلف أنه ليس عنده وديعة لفلان ، (ولا بد) أي ولم يجد بداً من الحلف بأن كان الطالب ليمينه متغلباً عليه بسلطنة، أو تلصص، ولا يمكنه الخلاص منه إلا بالحلف (حلف متأولاً) فينوي لا وديعة عندي لفلان في موضع كذا في الموضع التي ليست بها ونحوه ، ولم يحنث . وقال القاضي في المجرد : له أخذها ، (فإن لم يحلف حتى أخذت منه وجب الضمان) لتفريطه بترك الحلف ، (وإن حلف) المستودع أنه لا وديعة لفلان عنده (ولم يتأول أثم) لحلفه كاذباً ، لكن إثم حلفه دون إثم إقراره بها ، (ووجبت الكفارة) لحنثه بالحلف بلا تأويل ، (وإن أكره على اليمين بالطلاق) أنه لا وديعة عنده لفلان ، (فكما لو أكره على إيقاع الطلاق) أي فلا تنعقد ، قاله أبو الخطاب .

(قال الحارثي) : وفيه بحث ، (وحاصله) أي البحث : (إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيراً يوازي الضرر في صور الإكراه ، فهو إكراه لا يقع وإلا وقع) على المذهب

انتهى ، (وإن نادى السلطان : أن من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا) من أنواع التهديد ، (فحملها من غير مطالبة أثم وضمن) قال ابن الزاغوني : إن لم يعينه أو عينه وتهدده ، ولم ينله بعذاب أثم وضمن ، وإلا فلا . انتهى .

وفيما إذا عينه وتهدده نظر إذا كان قادراً على الإيقاع به لأنه إكراه ، (وإن سلم) المستودع (الوديعة إلى من يظنه صاحبها فتبين خطؤه ضمنها) لأنه فوتها على ربها ، (وإن) أنكر المستودع الإيداع بأن (قال : لم تودعني ، ثم أقر بها) أي الوديعة ، (أو ثبت) الإيداع (ببينة فادعى رداً ، أو تلفاً سابقين لجحوده لم يقبل) منه ذلك ، (وإن أقام به بينة) لأنه صار ضامناً بجحوده ومعترفاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة ، ولأنه مكذب لبينته بجحوده ، (وإن كان) ما ادعاه من الرد أو التلف (بعد جحوده) كما لو ادعى عليه بالوديعة يوم الخميس فجحدها ، ثم أقر بها يوم السبت ثم ادعى أنه ردها ، أو تلفت بغير تفريطه يوم الأربعاء ، وأقام بذلك بينة (قبلت) بينته (بهما) أي بالرد ، أو التلف ، لأنه حينئذ ليس بمكذب لها ، (فإن شهدت بينة بالتلف أو الرد) بعد جحود الإيداع ، (ولم يعين هل ذلك) التلف أو الرد (قبل جحوده أو بعده ، واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان) لأن وجوبه متحقق فلا ينتفي بأمر متردد فيه ، (ويأتي ، وإن قال) المدعي عليه بوديعة : (مالك عندي شيء ، أو لا حق لك عليّ) أو قبلي ، ثم أقر بالإيداع، أو ثبت ببينة (قبل قوله في الرد والتلف) بيمينه، لأنه لا ينافي جوابه ، لجواز أن يكون أودعه ثم تلفت عنده بغير تفريط ، أو ردها فلا يكون له عنده شيء ، (لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان) لاستقرار حكمه بالجحود فيشبه الغاصب .

قلت : وظاهره ولو أقام به بينة ، (ولو قال) إنسان لآخر (لك عندي وديعة ثم ادعى) المقر (ظن البقاء) أي قال : كنت أظنها باقية ، (ثم علمت تلفها ، لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن إقرار بحق لآدمي . وقال القاضي : يقبل ويأتي في الإقرار ما فيه، (وإن مات المودع وادعى وارثه الرد) إلى المالك أو غيره ، (أو) ادعى الوارث (أن مورثه) كان (ردها) لم يقبل إلا ببينة ، (أو ادعاه) أي الرد (الملتقط، أو) ادعاه (من إطارات الريح إلى داره ثوباً لم يقبل إلا ببينة) لأن المالك لم يأتمنهم ، (ومن حصل في يده أمانة بغير رضا صاحبها كاللقطة، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً ، وجبت) عليه (المبادرة إلى الرد مع العلم بصاحبها ، و) مع (التمكن منه ، وكذا إعلامه) أي الواجب عليه أحد أمرين، إما الرد، أو الإعلام (ذكره جمع) منهم صاحب المغني والمحرر والمستوعب ونحوه ، ذكره ابن عقيل ، وحكاه في القواعد الفقهية .

(قال في الإنصاف : وهو مراد غيرهم) لأن مؤنة الرد لا تجب عليه ، وإنما الواجب

التمكين من الأخذ ، قاله في القاعدة الثانية والأربعين ، (وكذا الوديعة والمضاربة والرهن ونحوها) كالعين المشتركة (إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه) وجب على من هي بيده المبادرة إلى الرد مع العلم بصاحبها والتمكن منه أو إعلامه (لزوال الائتمان ، وكذا لو فسخ المالك) في حضرة الأمين أو غيبته (عقد الائتمان في الأمانات كالوديعة : والوكالة والشركة والمضاربة ، يجب الرد على الفور لزوال الائتمان) قال في القواعد الفقهية : وظاهر كلامه أي القاضي : أنه يجب فعل الرد ، فإن العلم هنا حاصل للمالك . انتهى.

قلت : وفيه نظر ، لأن مؤنة الرد لا تجب عليه ، ولو دخل حيوان لغيره ، أو عبد له إلى داره ، فعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء ، لأن يده لم تثبت عليهما بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل ، قاله في القاعدة الثالثة والأربعين .

(وإن تلفت) الوديعة أو نحوها (عند الوارث قبل إمكان ردها لم يضمنها) لأنه لم يفرط ، (وإلا) بأن أخر الرد، أو الإعلام فوق ما يمكنه ، وتلفت (ضمنها) لتفريطه بالتأخير ، (ويجب) على المستودع (رد الوديعة إلى مالكها) أي تمكينه من أخذها لما يأتي (إذا طلبها ، فإن أخره) أي الرد (بعد طلبها بلا عذر ضمن) إن تلفت، أو نقصت كالغاصب وإن طلبها في وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها، أو لمخافة في طريقها، أو للعجز عن حملها ، أو غير ذلك لم يكن معتدياً بترك تسليمها ، ولم يضمنها لعدم عدوانه ، (ويمهل) المستودع إذا طلب منه الرد (لأكل، وشرب، ونوم، وهضم طعام، ومطر كثير ونحوه) كطهارة، وصلاة (بقدره) أي بقدر ذلك ، فلا يضمنها إن تلفت زمن عذره، لعدم عدوانه ، (وكذا لو أمره بالرد) أي رد الوديعة (إلى وكيله ، فتمكن) المستودع من ردها للوكيل ، (وأبى) ردها (ضمن) المستودع الوديعة إن تلفت ، سواء (طلبها الوكيل أم لا) لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه ، (ومثله) أي الوديعة (من أخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر) وتلف ، فيضمنه لما تقدم ، (وليس على المستودع مؤنة الرد) أي رد الوديعة ، (و) لا مؤنة (حملها إلى ربها إذا كانت مما كانت لحمله مؤنة . قلَّت المؤنة أو كثرت) بل الواجب عليه التمكين من الأخذ فقط ، لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص ، بخلاف مستعير ، (فإن سافر) المستودع (بها) أي بالوديعة (بغير إذن ربها ، لزمه) مؤنة (ردها إلى بلدها) ، ولعل المراد في حال لا يجوز له السفر بها ، وإلا فقال القاضي : له ما أنفق بنية الرجوع ، أي لأن مؤنة الرد على ربها، وقد قام بها عنه الوديع بنية الرجوع ، (وتثبت الوديعة بإقرار الميت) بأن كان أقر أنها لفلان ، (أو) إقرار (ورثته، أو ببينة) كسائر الحقوق ، (وإن وجد عليها مكتوب :

وديعة ، لم يكن حجه) لأنه يحتمل أن الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه ، أو كان وديعة للميت عند غيره ونحو ذلك ، اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل والموفق وقدمه الشارح، ونصره ، وجزم به في الحاوي الصغير، والنظم ، والصحيح من المذهب ، كما في الإنصاف وغيره : أنه يعمل به وجوباً ، وقطع به في التنقيح ، وتبعه في المنتهي .

(وإن وجد) وارث (خط مورثه : لفلان عندي وديعة ، أو) وجد (على كيس ونحوه) مكتوب (هذا لفلان ، عمل) الوارث (به وجوباً) كما يعمل بإقراره باللفظ، (وإن وجد) وارث (خطه) أي خط مورثه (بدين له على فلان ، جاز للوارث الحلف) إذا أقام به شاهداً مثلاً ، وكان يعلم أن مورثه لا يكتب إلا حقاً ، وأنه صادق أمين ، (ودفع) الدين (إليه) فيجوز الحلف على ما لا تجوز الشهادة به ، إذ لا يشهد على شهادة أبيه أو غيرها ، إذا رآها بخطه ، (وإن وجد) وارث (خطه) أي خط مورثه (بدين عليه) لمعين (عمل الوارث) به وجوباً ، (ودفع) الدين (إلى من هو مكتوب باسمه) كالوديعة ، (وإن ادعى الوديعة اثنان ، فأقر) المستودع (بها لأحدهما ، فهي له) أي للمقر له (مع يمينه) لأن اليد كانت للمودع ، وقد نقلها إلى المدعي ، فصارت اليد له ، ومن كانت اليد له قبل قوله بيمينه ، ومن أفراد ذلك : لو قال المودع : أودعنيها الميت ، وقال : هي لفلان ، وقال ورثته : بل هي له ، أفتى الشيخ التقي : بأن القول قول المودع مع يمينه ، (ويحلف المودع أيضاً للمدعي الآخر) الذي أنكره ، لأنه منكر لدعواه ، وتكون يمينه على نفي العلم ، قاله في المبدع .

(فإن) حلف بريء وإن (نكل لزمه بدلها له ، لأنه فوتها) عليه ، وكذا لو أقر له بها بعد أن أقر بها للأول فتسلم للأول ويغرم قيمتها للثاني نصاً ، (وإن أقر بها لهما) معاً ، (فهي لهما) أي بينهما ، كما لو كانت بأيديهما وتداعياها (ويحلف لكل واحد منهما) يميناً على نصفها ، (فإن نكل) عن اليمين (لزمه بدل نصفها لكل واحد منهما) وإن نكل عن اليمين لأحدهما فقط ، لزمه لمن نكل عن اليمين له عوض نصفها ، (ولزم كل واحد منهما الحلف لصاحبه) لأنه منكر لدعواه ، (وإن قال) المودع : هي (لأحدهما ، ولا أعرف عينه ، فإن صدقاه أو سكتا) عن تصديقه وتكذيبه ، (فلا يمين) عليه ، إذ لا اختلاف ، (ويقرع بينهما) فمن خرجت له القرع سلمت إليه بيمينه ، (وإن كذباه) بأن قالا : بل تعرف أينا صاحبها (حلف) لهما (يميناً واحدة : أنه لا يعلم) عينه ، وكذا إن كذبه أحدهما وحده ، (ويقرع بينهما ، فمن قرع) أي خرجت له القرع (حلف) أنها له ، لاحتمال عدمه (وأخذها) بمقتضى القرعة ، (فإن نكل) المودع عن اليمين أنه لا يعلم صاحبها (حكم عليه) بالنكول ، (وألزم التعيين) أي

تعيين صاحبها ، (فإن أبى) التعيين (أجبر على القيمة) إذ كانت متقومة ، وعلى المثل إن كانت مثلية ، (فتؤخذ القيمة) أو المثل (أو العين فيقترعان عليهما ، أو ينفقان) عليهما .

قال في التلخيص : وكذلك إذا قال : أعلم المستحق ولا أحلف ، (ثم إن قامت بينة بالعين لآخذ القيمة سلمت إليه) العين للبينة وتقديمها على القرعة ، (وردت القيمة إلى المودع ، ولا شيء للقارع) على المودع ، لأنه لم يفوت عليه شيئاً ، بل المفوت البينة ، (وإن أودعه اثنان مكيلاً ، أو موزوناً ينقسم) إجباراً بأن لا ينقص بتفرقه ، (فطلب أحدهما حقه) من المودع (لغيبة شريكه ، أو) حضوره و(امتناعه) من الأخذ ومن الإذن لصاحبه في أخذ حقه (سلمه) المودع (إليه) أي إلى المطالب وجوباً ، لأنه أمكن تمييز نصيب أحد الشريكين من نصيب الآخر بغير غبن ولا ضرر ، فإذا طلب أحدهما نصيبه لزم دفعه إليه ، كما لو كان متميزاً . وقال القاضي : لا يجوز ذلك إلا بإذن الحاكم ، لأن ذلك يحتاج إلى قسمة ويفتقر إلى حكم ، أو اتفاق ، وليس ذلك إلى المودع وهو مقتضى كلامه في القسمة ، وعلم مما تقدم : أن ذلك لا يجوز في غير المثلي، لأن قسمته لا يؤمن فيها الحيف ، لافتقارها إلى التقويم ، وهو ظن وتخمين ، (وإن غصبت الوديعة ، فللمودع المطالبة بها) ، لأنه مأمور بحفظها ، وذلك منه ، وعبَّر في الفروع بأنه يلزمه ، (وكذا مضارب ومرتهن ومستأجر) . قلت : ومستعير ومجاعل على عملها (وإن) قال رب الوديعة للمودع : (كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة فأنت أمين ، صح) لصحة تعليق الإيداع على الشرط ، كالوكالة .



باب إحياء الموات

قال الأزهري : هو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها. انتهى . وتسمى ميتة ومواتاً -بفتح الميم والواو- والموتان -بضم الميم وسكون الواو- : الموت الذريع ، ورجل موتان القلب - بفتح الميم وسكون الواو - يعني أعمى القلب لا يفهم ، قاله في المغني . وفي القاموس : الموات كغراب الموت ، وكسحاب : ما لا روح فيه ، وأرض لا مالك لها ، والموتان بالتحريك خلاف الحيوان ، وأرض لم تحي بعد ، وبالضم : موت يقع بالماشية ، ويفتح ، (وهي الأرض المنفكة عن الاختصاصيات وملك معصوم) مسلم أو كافر ، ويأتي بيان الاختصاصات .

والأصل في إحياء الأرض : حديث جابر مرفوعاً : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »(1) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وحديث سعيد بن زيد : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌ » (2) قال الترمذي : حديث حسن ، وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه مثله . قال ابن عبد البر : هو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم . قال في المغني والشرح : وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يهلك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطه .

---

(1) الحديث أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص٣٦٢) ، كتاب أحكام الأرضين . . . ، باب إحياء الأرضين ، الحديث (٧٠٢) ، واللفظ له ، وأخرجه أحمد في المسند : ٣/٣٥٦ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب من أحيا أرضاً . . . . ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/٦٦٣ - ٦٦٤ ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، الحديث (١٣٧٩) ، وقال : « هذا حديث حسن صحيح » ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٢/٣٨٧ ضمن أطراف جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، الحديث (٣١٢٩) ، وقال محقق الكتاب في « الكبرى » ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٧٨) ، كتاب البيوع ، باب إحياء الموات ، الحديث (١١٣٩) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/١٤٨ ، كتاب إحياء الموات ، باب ما يكون إحياء . . . . ، وأخرجه الضياء المقدسي في المختارة ، ذكره السيوطي في الجامع الصغير (المطبوع مع فيض القدير) : ٦/٣٩ .

(2) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيئ ، باب في إحياء الموات ، الحديث (٣٠٧٣) ، والترمذي في السنن : ٣/٦٦٢ ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، الحديث (١٣٧٨) موصولاً من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب » ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد ابن زيد رضي الله عنه عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً ، وقال القاري في المرقاة : ٣/ ٣٥٠ ، الحديث مرسل من وجه ، قال القاضي رحمه الله : والعجب أن الحديث في المصابيح مسند إلى سعيد بن زيد=

(فإن كان الموات) أي الأرض لخراب الدراسة (لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة ، ملك بالإحياء) بغير خلاف بين القائلين بالإحياء ، قاله في المغني والشرح. نقل أبو المظفر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع ولا عيون، وأنها تزعم كل قرية أنها لهم في حرمهم ، فإنها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاء ، حتى نعلم أنهم أحيوها ، فمن أحياها فله ، ومعناه نقل ابن القاسم ، ويأتي مفهوم قوله : ولم يوجد فيه أثر عمارة (وإن ملكها من له حرمة) من مسلم، أو ذمي، أو معاهد لم تملك بإحياء ، (أو) ملكها من (شك فيه) أله حرمة أم لا ، (فإن وجد) هو (أو أحد من ورثته لم يملك بإحياء) قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه . انتهى . ومراده : ما ملك بشراء، أو هبة ونحوه بخلاف ما ملك بإحياء ثم دثر ، ففيه خلاف ، فعند مالك : يملك بالإحياء . (وإن علم) مالكه، (ولم يعقب) أو لم يكن له ورثة (لم يملك) أيضاً بالإحياء ، لحديث عائشة ترفعه : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً لَيْسَتْ لأحَدٍ »[1] .

(وأقطعه الإمام من شاء) لأنه فيء ، (وإن كان) الموات (قد ملك بإحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتاً ، لم يملك بإحياء إن كان لمعصوم) لأن ملك المحيي أو لا لم يزل عنها بالترك بدليل سائر الأملاك ، (وإن علم ملكه) أي الدارس الخراب (لمعين غير معصوم) بأن كان لكافر لا ذمة له ولا أمان ، (فإن كان بدار حرب واندرس كان كموات أصلي يملكه مسلم بإحياء) لأن ملك من لا عصمة له كعدمه ، وإن كان بدار إسلام ، فالصحيح : أنه لا يملكه بالإحياء ، فلا أثر لإحيائه ، وإن ملكه بنحو شراء ، بأن وكل غير المعصوم معصوماً ليشتري له مكاناً ، فاشتراه ثم ترك حتى درس ، وصار مواتاً ، فالظاهر أنه لا يملك بالإحياء فيكون فيئاً بمنزلة ما جلوا عنه خوفاً منا ، لكن مقتضى التعليل : أنه يملك بالإحياء . وظاهره أيضاً : أن الذمي لا يملكه بالإحياء ، ولعله غير مراد ، (وإن كان فيه) أي الخرادب (أثر للملك غير جاهلي ، كالخراب التي ذهبت أنهارها واندرست آثارها) ولم يعلم الآن لها مالك (ملك بالإحياء) لعموم ما سبق من الأخبار ، وسواء كان بدار الإسلام ، أو بدار الحرب ، (وكذا إن كان) أثر الملك به (جاهلياً قديماً كديار عاد) وآثار الروم ، فيملكه من أحياه لما سبق .

= وهو من العشرة ، وجعله مرسلاً ، ولعله وقع من الناسخ ، وأخرجه عن عروة مرسلاً مالك في الموطأ : ٢/٧٤٢ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات ، الحديث (٢٦) ، وأبو داود في المصدر السابق ، الحديث (٣٠٧٤)، وعزاه للنسائي المنذري في مختصر سنن أبي داود ، الحديث (٢٩٤٩).

(١) حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة بأن من أحيا أرضاً مواتاً .

وروى سعيد في سننه وأبو عبيدة في الأموال عن طاووس عنه ﷺ : « عَادِي الأرْضِ لله وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ »[1] ، (فأما مساكن ثمود فلا تملك فيها لعدم دوام البكاء مع السكنى ، و) مع (الانتفاع ، قاله الحارثي) ، وظاهر كلام غيره تملك بالإحياء، ونقله في الشرح ، بل صرح به في شرح المنتهى عن جمع من الأصحاب ، لعموم ما سبق ، (ويكره دخول ديارهم) أي ثمود (إلا لباك معتبر ، لا يصيبه ما أصابهم) من العذاب للخبر ، (أو) كان أثر الملك به جاهلياً (قريباً) فيملك بالإحياء، لأن أثر الملك الذي به لا حرمة له أشبه آثار الجاهلي القديم ، (أو تردد في جريان الملك عليه) ، ولم يتحقق ملكه لمعصوم ملك بالإحياء ، لأن الأصل عدم جريان الملك عليه ، (ومتى أحيا أرضاً ميتة فهي له) أي للمحيي (مسلماً كان) المحيي ، (أو ذمياً) ، وسواء أحياها (بإذن الإمام أو) بـ (ـغير إذنه ، في دار الإسلام وغيرها) لعموم ما سبق من الأخبار ، ولأنهما عين مباحة ، فلم يفتقر ملكها إلى إذن الإمام ، كأخذ المباح ، وهو مبني على أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال (إلا موات الحرم) ، و(عرفات) فلا يملك بالإحياء مطلقاً لما فيه من التضييق في أداء المناسك ، واختصاصه بمحل الناس فيه سواء ، ومِنًى ومزدلفة على الحرم كما سبق ، فلا إحياء بهما (وموات العنوة) كأرض مصر، والشام، والعراق (كغيره) مما أسلم أهله عليه، كالمدينة ، وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين ، (فيملك) موات العنوة بالإحياء ، (ولا

---

(١) الحديث أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج ، (ص٦٥) ، فصل في موات الأرض من الصلح والعنوة وغيرهما ، وأخرجه يحيى بن آدم في كتاب الخراج (ص٨٦) ، باب من أحيا أرضاً ميتة ، الحديث (٢٧٠) ، وأخرجه الشافعي في الأم : ٤/٤٥ ، كتاب الهبة ، باب عمارة ما ليس معموراً ، وأخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص٣٤٧) ، كتاب أحكام الأرضين . . . ، باب الإقطاع ، الحديث (٦٧٦) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٦/١٤٣، ، كتاب إحياء الموات ، باب لا يترك ذمي يُحييه .

وأخرجه الشافعي من طريق آخر في المسند : ٢/١٣٢ ، كتاب الجهاد ، باب ما جاء في إحياء الموات ، الحديث (٤٣٨) عن ابن طاوس مرسلاً ، وليس عن طاوس ، وأخرجه البيهي في السنن الكبرى : ٦/١٤٣ .

وأخرجه ابن عدي من وجه آخر في الكامل : ٥/١٧٠٧ ضمن ترجمة عمر بن رياح عن طاوس عن ابن عباس مرفوعاً ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ١١/٢٨ ، الحديث (١٠٩٣٥) ، وأخرجه البيهقي في المصدر السابق .

وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج (ص٨٥) عن طاوس عن ابن عباس موقوفاً ، الحديث (٢٦٩) ، وأخرجه البيهقي أيضاً من طريق يحيى بن آدم في المصدر السابق ، ومعنى « عاديُّ الأرض » أي الأبنية والضياع القديمة التي لا يعرف لها مالك ، نسبت إلى عاد قوم هود ﷺ .

خراج عليه) أي على من أحيا موات العنوة ، وما روي عن الإمام : « لَيْسَ فِي أَرْضِ السَّوَادِ مَوَاتٌ » معللاً بأنها الجماعة ، فلا يختص بها أحدهم ، حملها القاضي على العامر ، ويحتمل أن أحمد قاله لكون السواد كان عامراً في زمن عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفار (إلا أن يكون) المحيي للعنوة (ذمياً) فعليه الخراج ، لأن الأرض للمسلمين ، فلا تقر في يد غيرهم بدون الخراج كغير الموات ، وهل يملكه مع ذلك ؟ عبارة الإنصاف أولاً : تقتضي أنه يملكه ، وثانياً : صريحة في أنه لا يملكه ، بل يقر بيده بالخراج ، (ولا يملك مسلم) بالإحياء (ما) أي مواتاً (أحياه من أرض كفار صولحوا على أنها) أي الأرض (لهم ، ولنا الخراج عليها) لأنهم صولحوا في بلادهم ، فلا يجوز التعرض لشيء منها ، لأن الموات تابع للبلد ، ويفارق دار الحرب ، لأنها على أصل الإباحة ، (ولا يملك بإحياء ما قرب) عرفاً (من العامر وتعلق بمصالحه ، كطرقه وفنائه) ما اتسع أمامه ، (ومجتمع ناديه) أي جماعته ، (ومسيل مياهه ، ومطرح قمامته ، وملتقي ترابه ، و) ملقي (آلاته) التي لا نفع بها ، (ومرعاه ومحتطبه ، وحريم البئر ، و) حريم (النهر ، و) حريم (العين ، ومرتكض الخيل) أي المحل المعد لركضها ، (ومدافن الأموات ، ومناخ الإبل ، والمنازل المعتادة للمسافرين حول المياه ، والبقاع المرصدة لصلاة العيدين ، و) لصلاة (الاستسقاء ، و) لصلاة (الجنائز ، و) البقاع المرصدة لـ (دفن الموتى) ، ولو قبل الدفن ، (ونحوه ، فكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه) قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه لمفهوم قوله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً مِنْ غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » [(1)] ، ولأن ذلك من مصالح الملك ، فأعطى حكمه ، وذكر القاضي : أن مباح المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء ، لكن هو أحق بها من غيره ، (ولا يجوز للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياؤه) مما قرب من العامر وتعلق بمصالحه ، لأنه في حكم المملوك لأهل العامر ، (وما) قرب من العامر لكنه (لا يتعلق بمصالحه ملك بإحياء) كالبعيد عنه ، لعموم ما سبق ، مع انتفاء المانع ، وهو التعلق بمصالح العامر ، (وللإمام إقطاعه) أي ما قرب من العامر ، ولم يتعلق بمصالحه لأنه ﷺ « أَقْطَعَ بِلالَ بْنَ الْحرثِ العَقِيقَ » مع قربه من عامر المدينة ، (ولو اختلفوا في الطريق وقت الإحياء جعلت سبعة أذرع) للخبر ، (ولا تغير) الطريق (بعد وضعها ،

---

(١) الحديث بمعناه أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى : ٧/ ٧٣ ضمن ترجمة أسمر بن مضرس، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ١/ ٢٥٥ ، الحديث (٨١٤) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ١٤٢، كتاب إحياء الموات ، باب من أحيا أرضاً ميتة .

وإن زادت على سبعة أذرع ، لأنها للمسلمين) فلا يختص أحد منهم بشيء منها ، (ولا تملك معادن ظاهرة) بإحياء ، (ولا تحجر) أي لا يجوز لأحد أن يتحجرها ليختص بها ، (وهي) أي المعادن الظاهرة (ما لا تفتقر إلى عمل) بأن كان يتوصل إلى ما فيها بلا مؤنة (كملح ، وقار ، ونفط ، وكحل ، وجص ، وياقوت ، وماء ، وثلج) في عدهما من المعادن نظر (ومومیا ، وبرام ، وكبريت ، ومقاطع طين) في جعله من المعادن نظر (ونحوها) لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ، لأن النبي ﷺ « أَقْطَعَ أَبْيَضَ بْنَ حَمَّالٍ مَعْدِنَ الْمِلْحِ فَلَمَّا قِيلَ لَهُ : إنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَاءِ العِدِّ رَدَّهُ » [1] كذا قال أحمد .

(ولا) تملك ولا تحتجر معادن (باطن) وهي التي تحتاج في إخراجها إلى حفر ومؤنة (ظهرت) الباطنة (أو لا ، كحديد ونحوه) من نحاس، وذهب، وفضة، وجوهر وشبهها (بإحياء) متعلق بلا تملك ، لأن الإحياء الذي يملك به العمار التي يتهيأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع (ولا) يملك بإحياء (ما نضب) أي غار (عنه الماء مما كان مملوكاً وغلب) الماء (عليه ثم نضب) الماء (عنه ، بل هو باق على ملك ملاكه) قبل غلبة الماء عليه ، فـ (لهم أخذه) لأنها لا تزيل ملكهم عنه ، (أما ما نضب) أي غار (عنه الماء من الجزائر والرقاق) -بفتح الراء - أرض لينة أو رمال يتصل بعضها ببعض ، قاله في الحاشية . وقال بعضهم : أرض مستوية لينة التراب تحتها صلابة (مما لم يكن مملوكاً ، فلكل أحد إحياؤه) بعدت أو قربت (كموات) قال الحارثي : مع عدم الضرر ونفص عليه .

---

(١) الحديث أخرجه يحيى بن آدم في كتاب الخراج (ص١١٠) ، باب العيون والأنهار ، الحديث (٣٤٦) ، وأخرجه الشافعي ، ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : ٣/ ٦٤ ، كتاب إحياء الموات ، الحديث (١٣٠٣) ، وأخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص٣٥٠ - ٣٥١) ، كتاب أحكام الأرضين ، باب الإقطاع ، الحديث (٦٨٥) ، وأخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى : ٥/ ٥٢٣ ، تسمية من نزل اليمن من أصحاب رسول الله ﷺ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في القطائع ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج ، باب في إقطاع الأرضين ، الحديث (٣٠٦٤) ، وقد وقع في رواية أبي داود قوله : « فاستقطعه الملح ، قال ابن المتوكل : الذي بمأرب . . . » مما يوهم أن في الرواية إدراجاً ، حيث بيّنه ابن المتوكل ، وهو رجل في سند أبي داود ، ولكن بالرجوع إلى مصادر أقدم للحديث وليس في سندها ابن المتوكل وجدنا اللفظ « الذي بمأرب » مثبتة مما يدل على أنها من الرواي ، وليست مدرجة ، كما يظن ذلك من رواية أبي داود ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٦٦٤ ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القطائع ، الحديث (١٣٨٠) ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ١/ ٧ ، الحديث (١) ، وقال المحقق في « الكبرى » ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٢٧ ، كتاب الرهون ، باب إقطاع الأنهار والعيون ، الحديث (٢٤٧٥) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٧٨) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الملح ، الحديث (١١٤٠) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٣/ ٧٦ ، كتاب البيوع ، الحديث (٢٨٦) ، ومأرب موضع باليمن . والماء العِدّ : هو الدائم الذي لا ينقطع .

انتهى . وقال في التنقيح : لا يملك بالأحياء ، وتبعه في المنتهى . وقال أحمد في رواية العباس بن موسى : إذا نضب الماء من جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها ، لأن فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع ، أي يرجع إلى ذلك المكان ، فإذا وجده مبنياً رجع إلى الجانب الآخر فأضر بأهله ، ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب ، فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، (وليس للإمام إقطاع معادن ظاهرة ، أو باطنة) لما فيه من التضييق ، وصحح في الشرح جوازه ، لأن النبي ﷺ « أَقْطَعَ بِلالَ بْنَ الْحَارِثِ مَعَادِنَ القَبَلِيَة ، جَلِيسَهَا وَغُوَيْرَهَا » [1] رواه أبو داود وغيره ، (فإن كان بقرب الساحل موضع حصل فيه الماء صار ملحاً ملك بالإحياء ، وللإمام إقطاعه) لأنه لا تضيق على المسلمين بذلك ، بل يحدث نفعه بالعمل فيه ، فلم يمنع منه ، كبقية الموات ، وأحياؤه بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده ، وفتح قناة إليه ، يتهيأ بهذا للانتفاع به ، (وإذا ملك المحيا) بأن أحيا ما يجوز له إحياؤه (ملكه بما فيه من المعادن الجامدة ، كمعادن الذهب والفضة ونحوهما) كالجوهر (باطنة كانت) المعادن (أو ظاهرة) تبعاً للأرض ، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها ، فدخل في ملكه على سبيل التبعية ، ويفارق الكنز لأنه مودع فيها للنقل عنها ، فالباطنة كالذهب ، والفضة والحديد ، والرصاص . والظاهرة كالكحل ، والجص ، والزرنيخ ، والكبريت ، قاله في الشرح والمبدع ، ولو تحجر الأرض أو قطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها ، كان له إحياؤها ، ويملكها بما فيها ، لأنه صار أحق بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه ، (وإن ظهر فيه) أي المحيا من الأرض (عين ماء أو معدن جاز إذا أخذ منه شيء خلفه غيره ، كنفط وقار أو) ظهر فيها (كلأ أو شجر ، فهو أحق به بغير عوض) لأنه لو سبق إلى المباح الذي ليس بأرضه كان أحق به لقوله ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لَمْ يَسْبَقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » [2] رواه أبو داود . وفي لفظ : « فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » فهنا أولى .

(ولا يملكه) لحديث ابن عباس : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ فِي الماءِ وَالكَلأ والنَّارِ » [3]

---

(١) أخرجه أبو داود في المصدر السابق . (٢) سبق تخريجه مفصلاً .

(٣) هذا الحديث مخرج من طريقين ، الأولى : عن أبي خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ ، وقد أخرجها أحمد في المسند : ٥/٣٦٤ ، ضمن مسند أحاديث رجال من أصحاب النبي ﷺ ، وأخرجها أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في منع الماء ، الحديث (٣٤٧٧) .

الطريقة الثانية : عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وقد أخرجها ابن ماجة في السنن : ٢/٨٢٦ ، كتاب الرهون ، باب المسلمون شركاء في ثلاث ، الحديث (٢٤٧٢) ، باب المسلمون شركاء في ثلاث، الحديث (٢٤٧٢) ، وأخرجه ابن السكن ، ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : ٣/٦٥ ، كتاب =

رواه الخلال وابن ماجة وزاد : « وَثَمَنَهُ حَرَامٌ » ، ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم تملك بملكها كالكنز ، (وما فضل من مائه الذي في قرار العين ، أو) في قرار (البئر) عن حاجته ، وحاجة عياله وماشيته ، وزرعه (لزمه بذله لبهائم غيره إن لم يوجد ماء مباح ولم يتضرر) رب الأرض (به ، سواء اتصل) موضع الماء (بالمرعى أو بعد عنه ، ويلزم) أيضاً (بذله لزرع غيره ما لم يؤذه بالدخول) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لا تَمْنَعُوا فَضْلَ الماءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الكلأ » [1]. متفق عليه .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ مَائِهِ أَوْ فَضْلَ كَلَئِهِ مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ » [2] رواه أحمد ، ولا يتوعد على ما يحل .

(فإن آذاه) بالدخول فله منعه ، وكذا لو تضرر ببذله أو وجده مباحاً غيره ، (أو كان له فيه) أي البئر (ماء السماء فيخاف عطشاً فلا بأس أن يمنعه) لأنه ملكه بالحيازة فلم يلزمه كسائر أملاكه ، بخلاف العِدِّ ، (وكذا لو جازه) أي الماء العِدُّ (في إناء) لم يلزمه بذله لغيره لما تقدم ، إلا عند الاضطرار بشرطه ، (وعند الأذى يورد الماشية إليه) أي إلى الماء العِدِّ الفاضل عن حاجة رب أرضه ، (فيجوز لرعاتها سوق فضل الماء إليها) لأن فيه تحصيلاً للمقصود بلا مفسدة ، (ولا يلزمه) أي من وجب عليه بذل الماء (بذل آلة الاستسقاء ، كالحبل والدلو والبكرة) لأنها تتلف بالاستعمال ، أشبهت بقية ماله ، لكن إن اضطر بلا ضرر على ربها لزم بذلها ، ويأتي في الأطعمة ، (وإذا حفر بئراً بـ) أرض (موات للسابلة) أي لنفع المجتازين ، (فالناس مشتركون في مائها ، والحافر لها كأحدهم في السقي والزرع والشرب) لأن الحافر لم يخص بها نفسه ولا غيره ، (وعند الضيق) أي التزاحم (يقدم الآدمي) في السقي ، لأنه أشد حرمة ، (ثم) تقدم (البهائم) لأن لها حرمة ، (ثم) يسقى (الزرع ، وإن حفرها) أي البئر (ليرتفق هو)

= إحياء الموات ، الحديث (١٣٠٤) ، ولكن قال ابن حجر : « وفيه عبد الله بن خداش متروك ، وقد صححه ابن السكن إلا أن للحديث طرقاً أخرى يتقوي بها ، فمنها ما ذكره ابن حجر ، ولابن ماجة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بسند صحيح : « ثلاث لا يمنعن » وهو في السنن برقم (٢٤٧٣)، ومنها أيضاً عن ابن عمر » ، وقد وهم الخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح : ٩٠٤/٢ ، الحديث (٣٠٠١) ، حيث عزا حديث ابن عباس لأبي داود ، وإنما خرَّج أبو داود ، حديث رجل من أصحاب النبي ﷺ فقط .

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء ، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع فضل الماء .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند ضمن مسند عمرو بن شعيب .

أي الحافر (بمائها كحفر السفارة في بعض المنازل) بئراً ليرتفقوا بمائها ، وكحفر المنتجين (كالأعراب والتركمان ينتجون أرضاً فيحفرون لشربهم وشرب دوابهم لم يملكوها) لأنهم جازمون بانتقالهم عنها وتركها لمن ينزل منزلتهم ، بخلاف الحافر للتملك ، (وهم أحق بمائها ما أقاموا) لسبقهم ، (وعليهم بذل الفاضل) من الماء (لشاربه) للخبر السابق (وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين) لأنه ليس أحد ممن لم يحفرها أحق من الآخر ، (فإن عادوا) أي الحافرون (إليها كانوا أحق بها) من غيرهم ، لأنهم لم يحفروها إلا لأنفسهم ، ومن عادتهم الرحيل والرجوع ، فلم تزل أحقيتهم بذلك .

(قال في المغني) والشرح : (وعلى كل حال لكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه، وطهارته، وغسل ثيابه، وانتفاعه به ، في أشباه ذلك) أي المذكور من الشرب والطهارة، وغسل الثياب (مما لم يؤثر فيه من غير إذن) ربه (إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : «ثَلاثَةٌ لا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِمْ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ : رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنَ السَّبِيلِ »[1] رواه البخاري ، فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذله لذلك ، وإلا فلا ، وتقدم .

(وقال الحارثي : الفضل الواجب بذله ما فضل عن شفته وشفة عياله ، وعجينهم ، وطبيخهم ، وطهارتهم ، وغسل ثيابهم ، ونحو ذلك ، وعن مواشيه ، ومزارعه ، وبساتينه) لأن ذلك كله من حاجته ، وإن حفر البئر بموات تملكها ، فهي له كما يأتي كما لو حفرها بملكه الحي .

★ ★ ★

(فصل في إحياء الأرض الموات)

وإحياء الأرض الموات (أن يحوزها بحائط منيع) بحيث (يمنع) الحائط (ما وراءه) لقوله ﷺ : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ »[2] رواه أحمد وأبو داود عن جابر ،

---

(١) الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب المساقاة ، باب من رأى أن صاحب الحوض ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان ، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (ص١٢٢) ، الحديث (٩٠٦) ، واللفظ له ، وأخرجه أحمد : ٢١/٥ ، وأخرجه أبو داود في السنن من طريق أحمد ، كتاب الخراج والإمارة ، باب في إحياء الموات ، الحديث (٣٠٧٧) ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ٢٥٢/٧ ، الحديث (٦٨٦٤) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ١٤٢/٦ ، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً.

ولهما مثله عن سمرة بن جندب (ويكون البناء مما جرت عادة) أهل (البلد البناء به) من لبن، أو آجر، أو حجر ، أو قصب ، أو خشب ونحوه، (سواء أرادها) المحيي (لبناء، أو زرع، أو) أرادها (حظيرة غنم ، أو) حظيرة (خشب ونحوهما ، ولا يعتبر في ذلك) أي في الإحياء (تسقيف) ولا نصب باب ، لأنه لم يذكر في الخبر ، والسكنى ممكنة بدونه ، (أو) أن (يجري لها ماء بأن يسوق إليها) ماء نهر، أو بئر (إن كانت لا تزرع إلا به) أي بالماء المسوق إليها ، لأن نفع الأرض بالماء أكثر من الحائط ، (أو) أن (يحفر فيها بئراً يكن فيها ماء ، فإن لم يصل إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء على ما يأتي) تفصيله . قال في التلخيص وغيره : وإن خرج الماء استقر ملكه إلا أن تحتاج إلى طي ، فتمام الإحياء طيها ، (أو) أن يغرس فيها شجراً ، بأن كانت لا تصلح للغراس لكثرة أحجارها أو نحوها، فينقيها ويغرسها، لأنه يراد للبقاء كالحائط، (أو) أن (يمنع) عن الموات (ما لا يمكن زرعها إلا بحبسه عنها ، كأرض البطائح) لأن بذلك يتمكن من الانتفاع بها ، ولا يعتبر أن يزرعها ويسقيها ، (وإن كان المانع من زرعها كثرة الأحجار كأرض اللجاة) ناحية بالشام ، (فإحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها ، وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعر فبأن يقلع أشجارها ، ويزيل عروقها المانعة من الزرع) لأنه الذي يتمكن به من الانتفاع بها ، (ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع) لأنه لا يراد للبقاء بخلاف الغرس ، (ولا) يحصل الإحياء أيضاً (بخندق يجعله عليها) أي حول الأرض التي يريد إحياءها ، (أو) بـ (شوك وشبهه يحوطها به ، ويكون تحجراً) لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو ذلك ، (وإن حفر) في موات (بئر عادية) -بتشديد الياء- نسبة إلى عاد ، ولم يرد عاداً بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم ، فلذا قال : (وهي القديمة التي انطمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه ملكها وملك حريمها خمسين ذراعاً من كل جانب ، و) البئر (غير العادية) حريمها (على النصف) من حريم العادية فهو خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب ، لما روي أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال : « السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ القَلِيبِ العَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعاً ، والبَدِيءُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ » ، وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً . وعلم من كلامه : أن البئر التي لها ماء ينتفع به الناس ليس لأحد احتجاره كالمعادن الظاهرة ، (وحريم عين وقناة) من موات حولها (خمسمائة ذراع) . قلت : لعل المراد بذراع اليد ، لأنه المتبادر عند الإطلاق .

(وحريم نهر من حافتيه ما يحتاج) النهر (إليه لطرح كرايته) أي ما يلقى منه طلباً

لسرعة جريه ، (وطريق شاويه) أي قيّمه . قال في شرح المنتهي : والكراي والشاي لم أجد لهما أصلاً في اللغة بهذا المعنى ، ولعلهما مولدتان من قبل أهل الشام ، (وما يستضر صاحبه بتملكه عليه وإن كثر) ، وكذا ما يرتفق بدخوله لأنه من مصالحه ، (وله) أي لصاحب النهر (عمل أحجار طحن على النهر ونحوه وموضع غرس وزرع ونحوهما) قاله في الرعاية . قال : وإن كان يجنبه مسناة لغيره ارتفق بها في ذلك ، أي في تنظيفه ضرورة ، (وحريم شجرة : قدر مد أغصانها ، و) الحريم (في النخل) مد جر يدها لحديث أبي سعيد : « اخْتُصِمَ إلى النَّبيِّ ﷺ في حَرِيمِ نَخْلَة ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا فَذُرِعَتْ فَكَانَتْ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ أَوْ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ، فَقَضِيَ بِذَلِكَ » [1] رواه أبو داود .

(و) حريم (أرض) أحييت (لزرع) قدر (ما يحتاجه) زراعها (لسقيها، وربط دوابها، وطرح سبخها ونحو ذلك) كمصرف مائها عند الاستغناء عنه ، لأن ذلك كله من مرافقها، (وحريم دار من موات حولها مطرح تراب، وكناسة، وثلج، وماء، وميزاب وممر إلى بابها) لأن هذا كله يرتفق به ساكنها ، (ولا حريم لدار محفوف بملك الغير) من كل جانب ، لأن الحريم من المرافق ولا يرتفق بملك غيره ، لأن مالكه أحق به ، (ويتصرف كل واحد) منهم (في ملكه ، وينتفع به بحسب ما جرت به العادة ، فإن تعدى) العادة (منع) التعدي ، عملاً بالعادة ، (ومن تحجر مواتاً) أي شرع في إحيائه من غير أن يتمه (بأن حفر بئراً ولم يصل إلى مائها ، أو أدار حول الأرض) التي أراد إحياءها (تراباً، أو أحجاراً، أو جداراً صغيراً) لا يمنع ما وراءه ، (أو سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخرنوب ونحوهما ، فشفاه) -بالشين المعجمة والفاء- أي قطع الأغصان الرديئة لتخلفها أغصان جيدة ، كما ذكره في حاشية التنقيح ، وأطال فيه وذكرناه في حاشية المنتهى ، (وأصلحه ولم يركبه ونحو ذلك بأن خندق حول الأرض، أو حرثها، أو أدار حولها شوكاً) أو نحوه لم يملكه بذلك ، (أو أقطعه له إمام لم يملكه بذلك) لأن الملك إنما يكون بالإحياء ، ولم يوجد ، (وهو) أي المتحجر (أحق به) لقوله ﷺ: « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » [2] رواه أبو داود .

(و) كذا (وارثه) بعده) يكون أحق به من غيره ، لقوله ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقّاً أَوْ مَالاً فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » [3] ، ولأنه حق للموروث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه ، (وكذا

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء ، الحديث (٣٦٤٠) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الكفالة ، باب الدَّين ، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض ، باب من ترك مالاً فلورثته .

من ينقله) المتحجر، أو وارثه (إليه بغير بيع) فيكون أحق به من غيره ، لأن من له الحق أقامه مقامه فيه ، (وليس له) أي المتحجر، أو وارثه، أو من انتقل إليه من أحدهما (بيعه) لأنه لم يملكه ، وشرط المبيع أن يكون مملوكاً ، (فإن ركب ، أي أطعم الزيتون والخرنوب) بعد أن شفاه وأصلحه (ملكه) لأنه تهيأ بذلك للانتفاع به لما يراد منه ، فهو كسوق الماء إلى الأرض الموات ، (و) ملك أيضاً (حريمه) تبعاً له، وتقدم.

(فإن لم يتم إحياؤه) أي إحياء ما تحجر مما تقدم ، (أو طالت المدة عرفاً كنحو ثلاث سنين ؛ قيل له) أي المتحجر : (إما أن تحييه) فتملكه ، (أو تتركه) لمن يحييه (إن حصل متشوق للإحياء) لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، فلم يمكن من ذلك، كما لو وقف في طريق ضيق، أو مشرعة ماء، أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، (فإن طلب) المتحجر (المهلة لعذر أمهل شهرين، أو ثلاثة، أو أقل على ما يراه الحاكم) لأنه يسير ، (وإن لم يكن له عذر فلا يمهل) بل يقال له : إما أن تعمر، وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها ، (وإن أحياه غيره) أي غير المتحجر (في مدة المهلة، أو قبلها لم يملكه) لمفهوم قوله ﷺ: « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيتةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » ، ولأنه إحياء في حق غيره ، فلم يملكه ، ولأن حق المتحجر أسبق فكان أولى ، (و) إن أحياه أحد (بعدها) أي بعد مضي مدة المهلة (ملكه) من أحياه .

قال في الإنصاف : لا أعلم فيه خلافاً . انتهى ، وذلك لأن الأول لا ملك له ، وحقه زال بإعراضه حتى مضت مدة الإمهال ، (ومن نزل عن وظيفته) من إمامة، أو خطابة، أو تدريس ونحوه (لزيد ، وهو) أي زيد (لها) أي الوظيفة (أهل لم يتقرر غيره فيها) لتعلق حقه بها ، (فإن قرر هو) أي قرره من له الولاية كالناظر تم الأمر له (وإلا) أن لم يقرره من له ولاية التقرير ، (فهي) أي الوظيفة (للنازل) لأنه لم يحصل منه رغبة مطلقة عن وظيفته . (وقال الشيخ : لا يتعين المنزول له ، ويولي من له الولاية من يستحقها شرعاً) واعترضه ابن أبي المجد ، بأنه لا يخلو إما أن يكون نزوله بعوض أو لا ، وعلى كل لم يحصل منه رغبة مطلقة عن وظيفته ، ثم قال : وكلام الشيخ في قضية عين ، فيحتمل أن المنزول له ليس أهلاً ، ويحتمل عدمه . قال في المبدع : وفيه نظر ، فإن النزول يفيد الشغور ، وقد سقط حقه بشغوره ، إذ الساقط لا يعود ، وقوله في قضية عين: الأصل عدمه . وقال الموضح: ملخص كلام الأصحاب: يستحقها منزول له إن كان أهلاً ، وإلا فلناظر تولية مستحقها شرعاً . انتهى .

ومما يشبه النزول عن الوظائف : النزول عن الإقطاع ، فإنه نزول عن استحقاق يختص به لتخصيص الإمام له استغلاله ، أشبه مستحق الوظيفة ، وأخذ العوض عن ذلك قريب

من الخلع ، كما قاله ابن نصر الله وغيره . قلت : وإن لم يتم النزول فله الرجوع بما بذله من العوض ، لأن البدل لم يسلم له . (وقال ابن القيم : ومن بيده أرض خراجية فهو أحق بها بالخراج كالمستأجر) لأن عمر رضي الله عنه أقرها بأيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها كل عام ، فملكوا منافعها بالخراج الذي يبذلونه ، (ويرثها ورثته كذلك) فيكونون أحق بها بالخراج ، (وليس للإمام أخذها منه) أي ممن هي بيده، ولا من ورثته ، (ودفعها إلى غيره) لأنه أحق بها من غيره ، (وإن نزل عنها، أو آثر بها) أحداً ، (فالمنزول له) أحق بها ، (والمؤثر أحق بها) من غيره ، (وتقدم في الأرضين المغنومة ، (ومثله ما صححه صاحب الفروع وغيره : لو آثر شخصاً بمكانه في الجمعة لم يكن لغيره) أي المؤثر (سبقه إليه ، لأنه أقامه مقامه ، أشبه من تحجر مواتاً، أو سبق إليه) أي الموات ، (أو آثر به) فإنه ليس لأحد سبقه إليه . قال في الفروع : ويتوجه مثله ، أي المتحجر في أنه أحق به ومن ينقله إليه في نزول مستحق عن وظيفة لزيد ، هل يتقرر فيها غيره ؟ ، (فمراد صاحب الفروع بالتشبيه المذكور : أنه لم يتم النزول المذكور ، إما لسكونه قبل القبول من المنزول له ، أو قبل الإمضاء إذا كان النزول معلقاً بشرط الإمضاء ممن له ولاية ذلك ، فإنه حينئذ يشبه المتحجر ، فيجري فيه ما فيه من الخلاف ، أما إذا تم النزول إما بالقبول) من المنزول له ، (أو الإمضاء) ممن له ولاية ذلك (ووقع) المنزول (الموقع) لأهلية المنزول له وانتفاء الموانع ، (فليس لأحد التقرر) عن المنزول له ، (ولا) لناظر ولا غيره (التقرير فيه) أي في المنزول عنه ، لأن الحق انتقل إلى المنزول له عاجلاً بقبوله ، ولا يتوقف على تقرير ناظر ولا مراجعته ، إذ هو حق له نقله إلى غيره وهو مطلق التصرف في حقوقه ، ليس محجوراً عليه في شيء منها، أشبه سائر حقوقه ، هذا وما ذكره المصنف قبله ملخص كلام ابن أبي المجد ، وقد ذكره بطوله في شرح المنتهى ، (وهو) أي المنزول عنه (حينئذ يشبه بالمتحجر) -بفتح الجيم- (إذا أحياه من تحجره ، و) يشبه (بالمؤثر بالمكان إذا صار فيه) ليس لأحد نزعه فيه ، (لأنه لا يرفع يد المحيي عما أحياه ولا المؤثر يزال من المكان الذي أوثر به وصار فيه) بل هو أحق به .

★ ★ ★

(فصل في الإقطاع)

وقد قسمه الأصحاب إلى ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، وإقطاع إرفاق . وقسم القاضي إقطاع التمليك إلى موات ، وعامر ، ومعادن ، وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين : عشر ، وخراج ، (وللإمام إقطاع موات لمن يحييه) لأنه ﷺ

« أَقْطع بِلالَ بْنَ الْحَارِثِ العَقِيقَ ، وَأَقْطَعَ وائِلَ بْنَ حَجَرٍ أَرْضاً » ، وأقطع أبو بكر، وعمر، وعثمان وجمع من الصحابة ، (ولا يملكه) أي الموات (بالإقطاع) لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه ، (بل يصير) المقطع (كالمتحجر الشارع في الإحياء) لأنه ترجح بالإقطاع على غيره ، ويسمى تملكاً لما له إليه ، (ولا ينبغي للإمام أن يقطع إلا ما قدر) المقطع (على إحيائه) لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم مما لا فائدة فيه ، (فإن أقطع) الإمام أحداً (أكثر منه) أي مما يقدر على إحيائه ، (ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه) الإمام منه ، كما استرجع عمر من بِلالِ بنِ الحَارِثِ ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه أيام الرسول ﷺ .

(وله) أي للإمام (إقطاع غير موات تمليكاً وانتفاعاً للمصلحة) لما تقدم ، (ويجوز الإقطاع من مال الجزية) المعروف في مصر بالجوالي ، (كما في الإقطاع من مال الخراج، والظاهر أن مرادهم) أي الأصحاب (بالمصلحة) التي يجوز الإقطاع لأجلها (ابتداء ودواماً ، فلو كان ابتداؤه) أي الإقطاع (لمصلحة ثم في أثناء الحال فقدت) المصلحة ، (فللإمام استرجاعها) أي الأرض التي أقطعها ، لأن الحكم يدور مع علته ، (وله) أي الإمام (إقطاع الجلوس في الطريق الواسعة ، وفي رحاب المساجد المتسعة غير المحوطة) لأن له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة ، فكان للإمام أن يجلس فيها (ما لم يضيق على الناس ، فيحرم) عليه أن يجلس من يري أنه يضر بالمارة ، (ولا يملك ذلك المقطع ، ويكون) (أحق بالجلوس فيها) بمنزلة السابق إليها بلا انقطاع ، لكن لا يسقط حقه بنقل متاعه بخلاف السابق (ما لم يعد الإمام فيه) أي في إقطاعه ، لأنه كما أن له اجتهاداً في الإقطاع له اجتهاد في استرجاعه ، وعلم مما تقدم : أن رحبة المسجد لو كانت محوطة لم يجز إقطاع الجلوس بها ، لأنها من المسجد، (فإن لم يقطعها) أي الطريق الواسعة ورحاب المسجد غير المحوطة (الإمام) أحداً ، ،فلمن سبق إليها الجلوس فيها بغير إذنه) لقوله ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لم يَسْبَقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » (١) ، واتفق أهل الأمصار في سائر الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير نكير ، ومحله ما لم يضيق أو يضر بالمارة ، (ويكون) السابق إليها (أحق بها ولو ليلاً ، ما لم ينقل متاعه عنها) لما سبق ، (وإن أطال الجلوس فيها أزيل) لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه فيه غيره ، وإن قام وترك متاعه لم يجز لغيره إزالته ، وإن نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيها ، ولو لم يأت الليل ، (وإن)

---

(١) سبق تخريجه .

نقل متاعه ، لكن (أجلس غلامه، أو أجنبياً ليحفظ له المكان حتى يعود ، فهو كما لو ترك المتاع فيه) فليس لغيره الجلوس فيه ، (وليس له) أي الجالس بطريق واسع ونحوه (الجلوس ، بحيث يمنع جاره رؤية المعاملين لمتاعه ، أو) يمنع (وصولهم) أي المعاملين (إليه) أي إلى جاره ، (أو يضيق عليه) أي على جاره (في كيل، أو وزن، أو أخذ، أو إعطاء) لحديث : « لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ » .

(وله) أي الجالس بطريق واسع، أو رحبة مسجد غير محوطة (أن يظلل على نفسه فيها بما لا ضرر فيه من بارية) أي حصير (وكساء) لدعاء الحاجة إلى ذلك ، (وليس له أن يبني دكة ولا غيرها) في الطريق ولو واسعاً ، وتقدم في الصلح ، ولا في رحبة المسجد لما فيه من التضييق ، (فإن سبق اثنان فأكثر إليها) أي إلى الطريق الواسع، أو إلى رحبة المسجد غير المحوطة ، (أو) سبق (إلى خان مسبل ، أو) سبق إلى (رباط، أو) إلى (مدرسة ، أو) إلى (خانكاه) ويقال : خانقاه ، (ولم يتوقف فيها) أي المذكورات من الرباط، والمدرسة، والخانكاه (على تنزيل ناظر) وضاق المكان عن انتفاع جميعهم (أقرع) لأنهم استووا في السبق ، والقرعة مميزة ، (ومن سبق إلى معدن مباح) غير مملوك ، (فهو أحق بما يناله منه) باطناً كان المعدن أو ظاهراً ، لحديث : «مَنْ سَبَقَ إلى مَا لَم يَسْبَقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » (1) .

(ولا يمنع) السابق (ما دام آخذاً) للحديث ، (ولو طال) مقامه ، (و) قال (في المغني والشرح : فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منه منع من ذلك) لعدم دعاء الحاجة إليه ، (فإن سبق اثنان فأكثر إليه) أي إلى المعدن المباح ، (وضاق المكان عن أخذهم جملة أقرع كطريق) أي كما لو سبق اثنان فأكثر إلى طريق واسع وضاق عن جلوسهما ، فيقرع بينهما كما سبق ، (وإن حفره) أي المعدن (إنسان من جانب آخر) غير الذي حفر منه السابق ، (فوصل إلى النيل لم يكن له) أي السابق (منعه) لأن حقه إنما تعلق بما وصل إليه دون غيره ، (ومن سبق إلى مباح فأخذه مثل ما ينبت في الجزائر والرقاق ، وكل موات من الطرفاء، والقصب، والشعر ، وثمر الجبل وغير ذلك من النباتات ، أو) سبق (إلى صيد ولو سمكاً، أو) سبق إلى (عنبر وحطب، وثمر) مباح (ولؤلؤ، ومرجان ونحوه) كمسك، وعسل نحل ، (وما ينبذه الناس رغبة عنه) كعظم به شيء من لحم رغب عنه ، ونثار في عرس ونحوه ، وما يتركه الحصاد من الزرع واللقاط من الثمر رغبة عنه (ملكه) آخذه مسلماً كان أو ذمياً للحديث

---

(1) سبق تخريجه .

السابق (والملك مصور فيه على القدر المأخوذ) فلا يملك ما لم يحزه ولا يمنع غيره منه .
(وإن سبق إليه) أي المباح (اثنان) فأكثر (قسم بينهما) بالسوية ، لأنهم استووا في السبب والقسمة ممكنة ، وحذراً من تأخير الحق ، (ولو كان الآخذ للتجارة، أو الحاجة) أي لا فرق بين الحاجة والتاجر ، لأن الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة ، (ولا يقترعان) بل يقتسمان لما سبق ، (وكذا لو سبق) واحد أو اثنان فأكثر (إلى ما ضاع من الناس مما لا تتبعه الهمة) أي همة أوساط الناس لأنه يملكه بمجرد الالتقاط ، ولا يحتاج لتعريف (و) كذا من سبق إلى (ما يسقط من الثلج، والمن، وسائر المباحات) كالإذن ، (وإن سبق) إنسان (إلى لقيط ، أو) إلى (لقطة ، أو) سبق (إلى طريق فهو أحق به) لحديث « من سبق إلخ » .

(فإن رأى اللقطة) أو اللقط (واحد وسبق آخر إلى أخذها) أو أخذه أي اللقيط ، (فهي) وهو أي اللقيط (لمن سبق) للحديث ، (فإن) رآهما اثنان و(أمر أحدهما صاحبه بأخذها) أو أخذه (فأخذها) أو أخذه (ونواه) أي الآخذ (لنفسه ، فهي) أي اللقطة أو اللقيط (له) أي للآخذ ، لأنه السابق وقد عزل نفسه عن التوكيل بنية الأخذ له ، (وإلا) بأن لم يأخذها لنفسه ، فاللقطة واللقيط (لمن أمره) بالأخذ له (في قول) من يقول بصحة التوكيل في الالتقاط ، وجزم به الموفق وغيره ، والمذهب لا يصح . وتقدم في الوكالة ، وتقدم الفرق بينه وبين الاصطياد .

★ ★ ★

(فصل في مسائل من احكام الانتفاع بالمياه غير المملوكة ونحوها)

(وإذا كان الماء في نهر) صغير (غير مملوك كمياه الأمطار ، و) كـ (الأنهار الصغار وازدحم الناس فيه) أي الماء (وتشاحوا فلمن في أعلاه) أي النهر (أن يبدأ) بالسقي ، (فيسقي) أرضه (ويحبس الماء) بها (حتى يصل إلى كعبه ثم يرسله إلى من يليه) فيسقي ويحبسه إلى أن يصل إلى كعبه ، ثم يرسله إلى من يليه فيفعل (كذلك) وهلم جرا (إلى آخرهم) لحديث عبادة أن النبي ﷺ « قَضَى فِي شُرْبِ النَّخْلِ مِنَ السَّيْلِ أَنَّ الأَعْلَى يَشْرَبُ قَبْلَ الأَسْفَلِ ، وَيَتْرُكُ المَاءَ إِلى الكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ المَاءَ إِلى الأَسْفَلِ الذِي يَلِيهِ ، وَكَذَلِكَ حَتَّى تَنْقَضِي الحَوَائِطُ ، أَوْ يَفْنَى المَاءُ »[1] رواه ابن ماجة وعبد الله ابن أحمد . ومعناه قصة الزبير مع الأنصاري في الصحيحين .

---

(١) الحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد في المسند : ٤٥٣/٣ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأقضية ، باب أبواب من القضاء الحديث (٣٦٣٥) ، وسبق تخريجه مفصلاً .

(فإن لم يفضل) من الماء (من الأول) شيء، (أو) لم يفضل (عمن يليه) أي الأول (شيء فلا شيء للباقي) أي لمن بعده لأنه ليس له إلا ما فضل ، فهو كالعصبة مع أصحاب الفروض في الميراث ، (وإن كان بعض أرض أحدهم مستقلاً ، و) كان (بعضها مستعلياً سقي كل واحدة على حدتها) أي انفرادها ، فيسقي الأعلى ثم يرسل الماء إلى من يليه ، ثم كذلك حتى يصل إلى الأسفل فيسقيه لما تقدم ، (فإن استوى اثنان) فأكثر (في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما) على قدر الأرض (إن أمكن) قسمه لتساويهما في الحق ، (وإلا) بأن لم يمكن قسمه بينهم (أقرع فإن كان الماء لا يفضل عن) سقي (أحدهما سقي القارع) أو لا (بقدر حقه من الماء ، ثم يتركه) أي الماء (للآخر ، وليس له أن يسقي بجميع الماء لمساواة الآخر له) في استحقاق الماء ، (وإنما القرعة للتقدم) في استيفاء الحق لا في أصل الحق (بخلاف الأعلى مع الأسفل ، فإنه ليس للأسفل حق إلا في الفاضل عن الأعلى) كما تقدم ، (وإن كانت أرض أحدهما أكثر من) أرض (الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض) فلو كان لأحدهما جريب وللآخر جريبان مثلاً قسم بينهما أثلاثاً ، لذي الجريب ثلث وللآخر ثلثان . وهكذا ، لأن من أرضه أكثر مساو للآخر في القرب ، فاستحق جزءاً من الماء في نظير الزائد ، (ولو احتاج الأعلى إلى الشرب) أي سقي أرضه (ثانياً قبل انتهاء سقي الأرض لم يكن له ذلك) إلى أن ينتهي سقي الأراضي ليحصل التعادل ، (ومن سبق إلى قناة لا مالك لها وسبق آخر إلى بعض أفواهها من فوق أو من أسفل ، فلكل واحد منهما ما سبق إليه) لحديث : « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لم يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » .

(ولمالك أرض منعه من الدخول بها) أي بأرضه ، (ولو كانت رسومها) أي القناة (في أرضه) فلا يدخل المحيي أرض الغير بغير إذنه ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، ولا يعارضه ما تقدم في الصلح من دلالة الرسوم على المالك ، لأن المحيي إنما يملك القناة بالإحياء . فوجود الرسوم لا يدل على سبق ملكه بخلاف الجار ونحوه ممن ملكه ثابت ، (وإنه) -بكسر الهمزة- على الاستئناف (لا يملك) رب أرض (تضييق مجرى قناة في أرضه خوف لص ، لأنه) أي مجراها (لصاحبها) أي القناة فلا يتصرف غيره فيه بغير إذنه ، (وإن كان النهر كبيراً لا يحصل فيه تزاحم كالنيل، والفرات، ودجلة، فلكل أحد أن يسقي منه ما شاء، متى شاء، كيف شاء) لأنه لا ضرر في ذلك، (فإن أراد إنسان إياء أرض يسقيها منه) أي من السيل ، (أو) يسقيها (ـ من غير مملوك تجري فيه مياه الأمطار ولو كان أقرب إلى أول النهر لم يمنع) أي لم يمنعه من له حق في هذا الماء من الإحياء لأن حقه في الماء لا في الموات (ما لم يضر بأهل الأرض

الشاربة منه) فيملكون منعه دفعاً للضرر عنهم ، (ولا يسقي) من أحيا بعدهم (قبلهم) لأن حقهم أسبق ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ، فلا يملك غيره إبطال حقوقها وسبقهم إياه بالسقي من حقوقها ، (ولو أحيا سابق في أسفله) أي النهر الصغير ، (ثم) أحيا (آخر فوقه ، ثم) أحيا (ثالث فوق الثاني سقي المحيي أو لا ، ثم) سقي (الثاني ، ثم) سقي (الثالث) لأن المعتبر السبق إلى الإحياء لا إلى أول النهر ، (ولو كان الماء بنهر مملوك كحفر نهر صغير سيق الماء إليه من نهر كبير ، فما حصل فيه من الماء ملك) للحيازة ، (فلو كان) النهر (لجماعة ، فـ) الماء (بينهم) على قدر ملكهم في النهر ، وذلك معنى قوله (على حسب العمل والنفقة) لأنه إنما ملك بالعمارة . والعمارة بالنفقة والعمل ، (فإن لم يكفهم) الماء ، (وتراضوا على قسمته جاز) لأن الحق لا يعدوهم ، (وإلا) أي لم يتراضوا على قسمته (قسمة الحاكم) بينهم (على قدر ملكهم) أي قسم لكل واحد من الماء بقدر ما يملك من النهر ، (فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الأرض في مصدم الماء فيه) أي المذكور من الخشبة، أو الحجر (حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل حز أو ثقب إلى ساقيه مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به) فيتصرف فيه بما أحب ، لأنه انفرد بملكه ، (فإن كانت أملاكهم) مستوية فواضح وإن كانت (مختلفة قسم) الماء (على قدر ذلك) أي أملاكهم ، (فإن كان لأحد نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه ، جعل فيه ستة ثقوب ، لصاحب النصف ثلاثة) ثقوب (تصب في ساقيته : ولصاحب الثلث اثنان) يصبان في ساقيته ، (ولصاحب السدس واحد) يصب في ساقيته ، (فإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز) له ذلك (بغير رضاه) لأنه يتصرف في ساقيته، ويخرب حافتها، ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز ، (وما حصل لأحدهم في ساقيه تصرف فيه بما أحب من عمل رحي عليها) أي الساقية ، (أو) عمل (دولاب أو عبارة) -بالعين المهملة والباء الموحدة - (وهي خشبة تمد على طافي النهر ، أو) عمل (قنطرة يعبر الماء عليها أو غير ذلك من التصرفات) لأنها ملكه لا حق لغيره فيها ، (وأما النهر المشترك) بين جماعة (فليس لأحدهم أن يتصرف فيه بذلك) أي بما أحب، (فليس له) أي أحد الشركاء (فتح ساقية إلى جانبه) أي النهر (قبل المقسم) -بكسر السين- أي موضع القسم وهو الحجر أو الخشبة التي بها الثقوب (يأخذ حقه منها ولا أن ينصب على حافتي النهر رحى تدور بالماء ولا غير ذلك) من نحو ما تقدم ، (لأن حريم النهر مشترك، فلم يملك التصرف فيه بغير إذنهم) كسائر الحقوق المشتركة .

« تتمة » : نقل يعقوب فيمن غصب حقه من ماء مشترك للبقية أخذ حقهم ، (وإذا اقتسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصة يوماً وليلة ، أو لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال ، وللآخر (من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك) جاز (أو اقتسموه بالساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم جاز إذا تراضوا به) لأن الحق لا يتجاوزهم . (وتقدم في الصلح : لو احتاج النهر) المشترك (ونحوه إلى عمارة ، أو كرى) أي تنظيف وأنه على الشركاء بحسب أملاكهم ومن سد له ماء لجاهه فلغيره السقي منه لحاجة ما لم يكن تركه يرده على من سد عنه ، (ومن ترك دابة بمهلكة، أو) بـ (فلاة لعجزه عن علفها، أو) تركها بهما (لانقطاعها) أي عجزها عن المشي (ويأسه منها ملكها مستنقذها نصاً) لما روى الشعبي مرفوعاً : « مَنْ وَجَدَ دَابّةً عجز عَنْهَا أهلُهَا فَسَيَّبُوهَا فَأخَذَهَا فأحْيَاهَا فَهِيَ لَهُ » [1] . قال عبيد الله بن حميد ابن عبد الرحمن فقلت ، يعني للشعبي : من حدثك بهذا ؟ قال: غير واحد من أصحاب النبي ﷺ ، رواه أبو داود بإسناده والدارقطني ، ولأن فيه إحياءً لها ، وإنقاذاً من الهلاك وصوناً للمال عن الضياع ، وحفظاً لحرمة الحيوان .

(لا) إن أخذ (عبداً أو متاعاً تركه) ربه (عجزاً) عنه ، فلا يملكه بذلك ، اقتصاراً على صورة النص ، ولأن العبد يمكنه في العادة التخلص إلى الأماكن التي يعيش بها ، والمتاع لا حرمة له في نفسه ، ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان ، فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى ، وتأكله السباع ، والمتاع يبقى ، (ولا ما ألقى في البحر خوفاً من الغرق) فلا يملكه آخذه . قال الحارث نص عليه . وقيل : يملكه آخذه قدمه في الفائق، والرعايتين ، وصححه في النظم ، وقطع به في التنقيح، والمنتهى ، وتبعهم المصنف في اللقطة في ظاهر كلامه ، (أو انكسرت السفينة وأخرجه) أي المتاع الذي كان فيها (قوم) فلا يملكونه ، (فيرجع آخذه) أي العبد على ربه (بنفقة واجبة ، و) بـ (أجرة حمل متاع) وإنقاذ العبد، أو المتاع من البحر ، وإن لم يأذن ربه كما يأتي في الجعالة ، لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة ، (وللإمام أن يحمي) وفي نسخ : أن يحيي . والأول الصواب ، كما في المقنع والفروع وغيرهما . ويدل عليه آخر كلامه (أرض موات لرعي دواب المسلمين التي يقوم بحفظها من الصدقة، والجزية، ودواب الغزاة، و) رعي (ماشية الضعفاء عن البعد للرعي وغير ذلك ، ما لم يضيق على المسلمين) لقول عمر رضي الله تعالى عنه : « الْمَالُ مَالُ اللهِ ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللهِ ، واللهِ لولا ما

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع ، باب فيمن أحيا حسيراً، الحديث (٣٥٢٤).

حُمِل عليهِ فِي سبيل الله ما حَميت مِن الأرش شِبراً في شِبرٍ » رواه أبو عبيد . قال مالك: بلغني أنه كان يحمل على أربعين ألفاً من الظهر في سبيل الله ، وروى أيضاً أن عثمان حمى ، واشتهر ولم ينكر ، فكان كالإجماع (ليس ذلك) أي الحمى (لغيره) أي الإمام لقيام الإمام مقام المسلمين ، فيما هو من مصالحهم دون غيره ، (وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد) من الأئمة أو غيرهم (نقضه ولا تغييره) لا (مع بقاء الحاجة إليه ، و) لا مع (عدمها ولا إحياؤه ، فإن أحياه لم يملكه) لأن النص لا ينقض بالاجتهاد ، (وكان له ﷺ فقط) دون غيره (أن يحمي لنفسه) لقوله ﷺ : « لا حِمَى إلا للهِ ولِرَسُولِهِ » [1] رواه أبو داود ، وذلك لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين ، وما له كان يرده في المسلمين ، ففارق الأئمة في ذلك ، وساووه فيما كان صلاحه للمسلمين .

(ولم يفعل) أي لم يحم ﷺ لنفسه شيئاً ، وإنما حمى للمسلمين . فروى ابن عمر قال : « حَمَى النّبيُّ ﷺ النّقيعَ لِخَيْلِ المُسْلِمينَ » رواه أبو عبيد . والنقيع -بالنون- موضع يتنقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب ، (وما حماه غيره) أي غير النبي ﷺ (من الأئمة جاز له) أي لذلك الحامي نقضه ، (و) جاز (للإمام غيره نقضه) لأن حمى الأئمة اجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيرها ، (و) ينبني على ذلك أنه (يملكه محييه) لأن ملك الأرض بالأحياء منصوص عليه ، والنص مقدم على الاجتهاد ، (وليس للأئمة أن يحموا لأنفسهم شيئاً) لما تقدم من قوله ﷺ : « لا حِمَى إلا للهِ وَلِرَسُولِهِ » ومن أخذ مما حماه إمام عزر في ظاهر كلامهم) لافتياته على الإمام ، (وظاهره : ولا ضمان) على من أخذ مما حماه الإمام شيئاً ، إلا أنه مباح ، والمنع من حيث الافتيات فقط ، ولا يجوز لأحد أن يأخذ من أرباب الدواب عوضاً عن مرعى موات، أو حمى ، لأنه ﷺ « شَرَّكَ النّاسَ فِيهِ » قاله في الأحكام السلطانية . وإذا كان الحمى لكافة الناس تساوي فيه جميعهم فإن خص به المسلمين اشترك فيه غنيهم وفقيرهمْ ، ومنع منه أهل الذمة . وإن خص به الفقراء منع منه الأغنياء وأهل الذمة ، ولا يجوز أن يخص به الأغنياء ، ولا أهل الذمة .



---

(١) الحديث أخرجه البخاري من رواية ابن عباس عن الصعب بن جثامة رضي الله عنهما في كتاب المساقاة ، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، والحمىٰ المكان الذي يحمي من الناس والماشية ليكثر كلؤه .

باب الجعالة

بتثليث الجيم ، روى عن ابن مالك ، مشتقة من الجعل ، بمعنى التسمية ، لأن الجاعل يسمى الجعل لمن يعمل له العمل ، أو من الجعل بمعنى الإيجاب . يقال : جعلت له كذا ، أي أوجبت ، ويسمى ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله : جعلا ، وجعالة ، وجعيلة ، قاله ابن فارس ، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ [1] ، وحديث اللديغ ، (وهي جعل شيء) من المال (معلوم كأجرة) بالرؤية، أو الوصف ، و(لا) يشترط أن يكون معلوماً إن كان (من مال حربي، فيصح أن يجعل الإمام من مال حربي (مجهولاً) كثلث مال فلان الحربي ونحوه لمن يدل على قلعة ونحوها ، وتقدم في الجهاد (لمن يعمل له عملاً مباحاً) متعلق بجعل، (ولو) كان العمل المباح (مجهولاً) كخياطة ثوب لم يصفها ، ورد لقطة لم يعين موضعها ، لأن الجعالة له جائزة لكل منهما فسخها ، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهولاً بخلاف إجارة ، (و) يصح أيضاً أن يجاعل (على) أن يعمل له (مدة ولو مجهولة) كمن حرس زرعي فله كل يوم كذا (سواء جعله لمعين ، بأن يقول من تصح إجارته) وهو جائز التصرف لزيد مثلاً (إن رددت لقطتي فلك كذا ، فـ) يستحقه إن ردها ، و(لا يستحق من ربها سواه) أي سوى المخاطب بذلك ، لأن ربها لم يجاعله على ردها ، وإن كانت بيد إنسان فجعل له مالكها جعلاً ليردها لم يبح له أخذه ، ذكره في المبدع ، (أو) جعله لـ (غير معين بأن يقول : من رد لقطتي أو وجدها) فله كذا ، (أو) من (بني لي هذا الحائط أو) من (رد عبدي) الآبق ، (فله كذا ، فيصح العقد) مع كونه تعليقاً ، لأنه في معنى المعاوضة ، لا تعليقاً محضاً .

(ويستحق) العامل (الجعل بالرد) أي بعمل ما جوعل عليه ، كرد اللقطة أو العبد، وبناء الحائط ونحوه ، (ولو كان) المسمى في رد الآبق (أكثر من دينار ، أو) أكثر من (اثني عشر درهماً) فضة ، لأنه قد استقر على الجاعل بالفعل ، (وإن لم يكن) المسمى (أكثر) من دينار أو اثني عشر درهماً ، (فله) أي العامل (في) رد (العبد) الآبق (ما قدره الشارع) ديناراً أو اثني عشر درهماً ، وتلغى التسمية ، قطع به الحارثي ، وصاحب المبدع ، لأن من أوجب عليه الشارع شيئاً مقدراً من المال عند وجود سبب استقر

---

(١) سورة يوسف ، الآية : ٧٢ .

عليه كاملاً بوجود سببه ، كأداء ربع مال الكتابة للمكاتب عند أدائه مال كتابته ، وقدم في الفروع أنه لا يستحق إلا المسمى . قال في التنقيح وشرح المنتهى: وهو ظاهر كلام غيره، وأطلق الوجهين في المنتهى ، (فمن فعله) أي العمل المسمى عليه الجعل (بعد أن بلغه الجعل استحقه كدين) أي كسائر الديون عن العامل ، لأن العقد استقر بتمام العمل ، فاستحق ما جعل له كالربح في المضاربة ، (و) من بلغه الجعل (في أثنائه) أي أثناء العمل الذي سمي الجعل لمن عمله (يستحق) من الجعل (حصة تمامه) أي العمل إن أتمه بنية الجعل ، لأن عمله قبل بلوغ الجعل وقع غير مأذون فيه ، فلم يستحق عنه عوضاً، لأنه بذل منافعه متبرعاً بها ، ويأتي من فعله قبل أن يبلغه الجعل .

(والجماعة) إن فعلت المجاعل عليه (تقتسمه) أي الجعل ، لأنهم اشتركوا في العمل الذي به استحق الجعل ، بخلاف ما لو قال : من دخل هذا الثقب فله دينار ، فدخله جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً ؛ لأنه دخل دخولاً كاملاً بخلاف رد اللقطة ونحوه، فإنه لم يردها واحد منهم رداً كاملاً ، ومن نحو ذلك لو قال : من نقب السور فله دينار فنقبه ثلاثة نقباً واحداً اشتركوا في الدينار ، وإن نقب كل واحد نقباً استحق كل واحد ديناراً ، (وإذا رد) العامل اللقطة أو العبد ونحوهما (لم يكن له الحبس) أي حبس المردود (على الجعل) فإن حبسه عليه وتلف ضمنه .

(وإن تلف الجعل) بيد المجاعل (كان له) أي العامل (مثله إن كان مثلياً ، وإلا) بأن لم يكن مثلياً (فقيمته) إذا رد (فإن فاوت بينهم) أي بين الجماعة العاملين ، (فجعل لواحد) على رده (ديناراً ، و) جعل (لآخر) دينارين (اثنين ، و) جعل (لآخر ثلاثة) دنانير (جاز) على ما تراضوا عليه ، (فإن) رده واحد استحق جعله ، وإن (رده الثلاثة فلكل واحد ثلث جعله) وإن رده اثنان منهم ؛ فلكل منهما نصف جعله وإن جعل لأحدهم ديناراً وللآخرين عوضاً مجهولاً فردوه ، فلصاحب الدينار ثلثه وللآخرين أجرة عملهما ، (وإن جعل) رب العبد الآبق مثلاً (لواحد معين) كزيد (شيئاً في رده ، فرده) زيد (هو وآخرون معه ، وقالا : رددناه معاونة له) أي لزيد مثلاً (استحق) زيد (جميع الجعل ، ولا شيء لهما) لأنهما تبرعا بعملهما ، (وإن قالا : رددناه لنأخذ العوض لأنفسنا ، فلا شيء لهما) لأنهما عملا من غير جعل ، (وله) أي زيد (ثلث الجعل) لأنه عمل ثلث العمل .

(وإن نادى غير صاحب الضالة ، فقال : من ردها فله دينار ، فردها رجل) أو امرأة (فالدينار على المنادي ، لأنه ضمن) أي التزم (العوض) ولا شيء على ربها ، لأنه لم يلتزمه ، (وإن قال) المنادي غير رب الضالة (في النداء : قال فلان : من رد ضالتي فله

دينار) ولم يكن ربها قال ذلك ، (فردها رجل لم يضمن المنادي) لأنه لم يلتزم (العوض) والراد مقصر بعدم الاحتياط .

(وإن رده) أي العبد ونحوه (من دون المسافة المعينة ، كأن قال) رب آبق : (من رد عبدي من بلد كذا فله كذا، فرده) إنسان (من بعض طريقه) أي طريق البلد المسمى، (فـ) إنه يستحق (بالقسط) من الجعل المسمى ، فإن كان المحل الذي رُدَّ منه من نصف المسافة استحق نصف المسمى ، وإن كان أقل أو أكثر فبحسابه .

(و) إن رده (من) موضع (أبعد منها) أي من البلدة المسماة (له المسمى فقط) لأنه لم يجعل للزائد على المسافة عوضاً ، فلم يستحق الراد في مقابلته شيئاً ، (وإن رده) العامل (من غير البلد المسمى) ومن غير طريقه ، (فلا شيء له) لأن ربه لم يجعل على رده من غير البلد الذي عينه عوضاً ، فالراد متبرع بعمله ، (كما لو جعل) رب آبقين (له في رد أحد عبديه) كسالم شيئاً (معيناً ، فرد) العبد (الآخر) فلا يستحق المعين . قلت : بل ما قدره الشارع ، وكذا التي قبلها ، (وإن قال) رب : آبقين (من رد عبدي ، فله كذا ، فرد أحدهما فله نصف الجعالة) لأنه رد نصفها ، ويأتي : لو هرب قبل تسليمه لم يستحق شيئاً .

(ومن فعله) أي العمل المجاعل عليه (قبل أن يبلغه الجعل لم يستحقه) أي الجعل، ولا شيئاً منه لأنه متبرع بعمله ، (وحرم) عليه (أخذه) أي الجعل ؛ لأنه من أكل المال بالباطل ، (وسواء رده) قبل بلوغ الجعل أو بعده ، إذ الجعل في مقابلة العمل لا التسليم ، أي سلم المردود ونحوه .

(ويصح الجمع بين تقدير المدة والعمل) كأن يقول : من خاط لي هذا الثوب في يوم فله كذا ، فإن أتى به فيها استحق الجعل ولم يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها ، فلا يلزمه شيء له ، قاله في الشرح ، بخلاف الإجارة ، فالجعالة وإن كانت نوع إجارة، لكن تخالفها في أشياء ، منها هذه المسألة، ومنها أن الفاعل لم يلتزم الفعل ، وإن العقد قد يقع لا مع معين ، كمن فعل كذا فله كذا ، (وكل ما جاز أن يكون عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجعالة) فيصح أن يجعل لعامل نفقته وكسوته ، كاستئجاره بذلك مفرداً، أو مع دراهم مسماة. وتزيد الجعالة بجعل مجهول من مال حربي، وتقدم .

(وكل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه) أي العوض (عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة ، كالغناء والزمر وسائر المحرمات ، لا يجوز أخذ الجعل عليه) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ

وَالْعُدْوَانِ﴾[1] ، (وما يختص أن يكون فاعله من أهل القربة) بأن اشترط إسلام فاعله ، (مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه) كما تقدم في الإجارة ، (فأما ما يتعدى نفعه كالأذان ونحوه) كتعليم فقه وقرآن وقضاء وإفتاء على تفصيل يأتي في القضاء ورقية ، (فيجوز) لحديث أبي سعيد ، (وتقدم في الإجارة) مفصلاً ، (وإن جعل) لمن عمل له عملاً (عوضاً مجهولاً كقوله : من رد عبدي الآبق فله نصفه ، أو من رد ضالتي فله ثلثها ، أو فله ثوب ونحوه) من المجهولات ، (أو) جعل له عوضاً (محرماً كالخمر ، فله في ذلك كله أجرة المثل) لأنه عمل بعوض لم يسلم له، (وإن قال من داوى لي هذا) الجريح (حتى يبرأ من جرحه أو) داوى هذا المريض حتى يبرأ من (مرضه ، أو) داوى هذا الأرمد حتى يبرأ من (رمده فله كذا لم يصح) العقد فيها مطلقاً ، صححه في الإنصاف وغيره .

(وهي) أي الجعالة (عقد جائز) من الطرفين . قال في الشرح : لا نعلم في ذلك خلافاً (لكل واحد منهما) أي من الجاعل والمجعول له المعين (فسخها) متى شاء كسائر العقود الجائزة ، (فإن فسخها العامل) ولو بعد شروعه في العمل ، (ولم يستحق) لما عمله (شيئاً) لأنه فوت على نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه ، كعامل المساقاة ، (وإن فسخها الجاعل) قبل شروع العامل لم يلزمه شيء ، و(بعد الشروع فعليه للعامل أجرة) مثل (عمله) لأنه عمل بعوض ولم يسلم له فكان له أجرة عمله وما عمله بعد الفسخ لا أجرة له عليه لأنه عمل غير مأذون فيه ، وإن زاد الجاعل ، أو نقص من الجعل قبل الشروع في العمل جاز وعمل به لأنها عقد جائز ، فجاز فيه ذلك كالمضاربة .

(وإن اختلفا في أصل الجعل) أي التسمية بأن أنكرها أحدهما ، (فقول من ينفيه) لأن الأصل عدمه ، (و) إن اختلفا (في قدره) أي الجعل (أو) اختلفا في قدر (المسافة) بأن قال الجاعل : جعلت ذلك لمن رده من عشرة أميال ، فقال العامل : بل من ستة أميال مثلاً ، (فقول جاعل) لأنه منكر لما يدعيه العامل زيادة عما يعترف به . والأصل براءته منه ، وكذا لو اختلفا في عين العبد الذي جعل العوض في رده ، (ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل فلا شيء له) لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحقه ، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه ولم تطب نفسه به ، (وإن لم يكن) العامل معداً لأخذ الأجرة ، فإن كان) معداً لذلك (كالملاح ، والمكاري ، والحجام ، والقصار ، والخياط

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

والدلال ونحوهم) كالنقاد، والكيال، والوزان وشبههم (ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل وأذن له) المعمول في العمل ، (فله أجرة المثل) لدلالة العرف على ذلك ، (وتقدم معناه في الإجارة إلا في تخليص متاع غيره من بحر أو فم سبع أو فلاة ، ولو) كان المخلص (عبداً فله) أي العامل (أجرة مثله) وإن لم يأذن له ربه لأنه يخشى هلاكه وتلفه على مالكه بخلاف اللقطة . وكذا لو انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر. فتجب لهم الأجرة على الملاك لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة . فإن الغواص إذا علم أن له الأجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص، بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له ، (وإلا في رد آبق من قن ، ومدبر ، وأم ولد إذا كان) الراد (غير الإمام فله ما قدره الشارع دينار ، أو اثني عشر درهماً) روى عن عمر وعلي وابن مسعود . وروى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار مرسلاً أن النبي ﷺ « جَعَلَ فِي رَدِّ الآبِقِ إذَا جَاءَ بِهِ خَارِجاً مِنَ الْحَرَمِ دِينَاراً » [1] .

والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعي في الأرض بالفساد . ونقل ابن منصور سئل أحمد عن جعل الآبق فقال : لا أدري ، قد تكلم الناس فيه ، لم يكن عندي فيه حديث صحيح . وعلى الأول فإن رده الإمام فلا شيء له في رده نصاً لانتصابه للمصالح ، وله حق في بيت المال على ذلك ، (سواء رده) أي الآبق (من داخل المصر أو خارجه ، قربت المسافة أو بعدت ، وسواء كان) الآبق (يساوي المقدار) الذي قدره الشارع (أو لا ، وسواء كان) الراد (زوجاً للرقيق) الآبق (أو ذا رحم في عيال المالك أو لا) لعموم ما سبق .

« تنبيه » : يقال : أبق العبد ، إذا هرب من سيده - بفتح الباء - يأبق ، بكسرها وضمها فهو آبق . وقال الثعالبي : في سر اللغة : لا يقال للعبد آبق إلا إذا كان ذهابه من غير خوف ، ولا كذلك في العمل وإلا فهو هارب ، (وإن مات السيد قبل وصول المدبر وأم الولد) إليه (عتقاً) إن خرج المدبر من الثلث ، (ولا شيء له) أي لرادهما في نظير الرد ، لأن العمل لم يتم لأن العتيق لا يسمى آبقاً ، (ويأخذ) راد الآبق (منه) أي من سيده أو تركته (ما أنفق عليه ، و) ما أنفق على (دابة) يجوز التقاطها (في قوت وعلف ، ولو لم يستأذن) المنفق (المالك) في الإنفاق (مع القدرة عليه) أي على الاستئذان ، لأن الإنفاق مأذون فيه شرعاً، لحرمة النفس وحثاً على صون ذلك على ربه، بخلاف الوديعة ونحوها (حتى ولو هرب) المنفق عليه (منه) أي من واجده (في طريقه، أو مات فله الرجوع عليه بما أنفق عليه قبل هربه) أو موته ، لأن النفقة عليه

(١) كذا ذكر ابن قدامة في الكافي باب الجعالة : ٢/ ٢٢٢ ، راجع المصدر المذكور بتحقيقنا ، طبع عيسى الحلبي .

مأذون فيها شرعاً ، أشبه ما لو أنفق بإذن مالكه . قال في الفروع : ويرجع بنفقته ولو لم يستحق جعلاً كرده من غير بلد سماه أو هربه منه ، نص عليه ، وإنما يرجع بما أنفق (ما لم ينو التبرع) فلا نفقة له ، وكذا لو نوى بالعمل التبرع ، ولا أجرة له ، ومقتضاه لا تعتبر نية الرجوع ، بخلاف الوديعة ونحوها (لكن لا جعل له إذا هرب) الآبق منه (قبل تسليمه) لسيده (أو مات) الآبق قبل تسليمه لأنه لم يتم العمل ، (ولو أراد) واجد الآبق (استخدامه بدل النفقة لم يجز) ذلك (كالعبد المرهون) وأولى ، (ومن أخذ الآبق أو) أخذ (غيره) من المال الضائع ليرده لربه ، (فهو أمانة في يده ، إن تلف) قبل التمكن من رده (من غير تفريط) ولا تعد (فلا ضمان عليه) فيه لأنه محسن بأخذه ، (وإن وجد) راد الآبق (صاحبه دفعه إليه إذا اعترف العبد أنه سيده ، إن كان كبيراً) لأنه إذا استحق أخذه بوصفه إياه فبتصديقه على أنه مالكه أولى . وأما الصغير فقوله غير معتبر ، (أو أقام) صاحبه (بينة) أنه له فيدفعه إليه ، (فإن لم يجد) واجد الآبق (سيده دفعه إلى الإمام، أو) إلى (نائبه ، فيحفظه لصاحبه) إلى أن يجده (أو يبيعه) الإمام، أو نائبه (إن رأى المصلحة فيه) أي في بيعه ويحفظ ثمنه لربه لانتصابه لذلك ، (فإن باعه الإمام أو نائبه لمصلحة رآها ، فجاء سيده فاعترف أنه كان أعتقه) قبل بيع الإمام، أو نائبه (قبل قوله وبطل البيع) لأنه لا يجر به إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ، ولم يصدر منه ما ينافيه .

(وليس لواجده) أي العبد (بيعه ولا تملكه بعد تعريفه) لأن العبد يتحفظ بنفسه ، (فهو كضوال الإبل) لكن جاز التقاطه لأنه لا يؤمن لحاقه بدار الحرب، وارتداده ، واشتغاله بالفساد ، (ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً) بغير إذن مالكه ، لأنه إحسان إليه ، (كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته ، ولا يضمن ما نقص بموته) أي ذبحه لأنه محسن به ولو وقع الحريق بدار ونحوها فهدمها غير صاحبها بغير إذنه على النار لئلا تسري) النار (أو هدم قريباً منها إذا لم يقدر على الوصول إليها وخيف تعديها وعتوها لم يضمن ، ذكره) ابن القيم (في الطرق الحكمية) ثم قال : ولو رأى السيل يقصد الدار المؤجر فبادر وهدم الحائط ليخرج السيل ولا يهدم الدار كان محسناً ولا يضمن . انتهى ، وكذا في أعلام الموقعين ، (وإن وجد فرساً لرجل من المسلمين مع أناس من العرب أي من البدو ، فأخذ الفرس منهم ، ثم إن الفرس مرض بحيث لم يقدر على المشي جاز للآخذ بيعه ، بل يجب عليه في هذه الحالة أن يبيعه لصاحبه ، وإن لم يكن وكله في البيع . وقد نص الأئمة على هذه المسألة ونظائرها ، ويحفظ الثمن) لربه (قاله الشيخ ، وهي) أي هذه المسألة (في) الجزء الخامس من الفتاوى المصرية) .

باب اللقطة

قال في القاموس : اللقطة محركة وكحرمة وهمزة وثمامة : ما التقط . انتهى ، وقوله: محركة أي مفتوحة اللام والقاف . وحكى عن الخليل : اللقطة -بضم اللام وفتح القاف- الكثير الالتقاط . وحكى عنه في الشرح : أنها اسم للملتقط لأن ما جاء على فعله فهو اسم الفاعل ، كالضحكة والهمزة واللمزة ، (وهي اسم لما يلتقط من مال) ضائع (أو مختص ضائع) كالساقط من ربه بغير علمه ، (وما في معناه) أي معنى الضائع ، كالمتروك قصداً لأمر يقتضيه (لغير حربي) فإن كانت لحربي ملكها واجدها ، كالحربي إذا ضل الطريق فوجده إنسان فأخذه ملكه وتقدم ، (يلتقطه غير ربه) فإن التقطه ربه لم يسم لقطة عرفاً .

والأصل في اللقطة : ما روى زيد بن خالد الجهني ، قال : « سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ لُقَطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فَقَالَ : اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فاسْتَنْفِقْهَا وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فَادفَعْهَا إِلَيْه ، وَسَأَلَهُ عَنْ ضَالَّةِ الإِبِلِ فَقَالَ : مَالَكَ وَلَهَا ؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا ، وَسَأَلَهُ عَنِ الشَّاةِ ؟ فَقَالَ : خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ »[1] متفق عليه .

وأركانها ثلاث : ملتقط وملقوط والتقاط ، (وينقسم) المال الضائع ونحوه (ثلاثة أقسام :

أحدها : ما لا تتبعه همة أوساط الناس) قال في القاموس : الهمة -بالكسر وتفتح- ما هم به من أمر ليفعل (كالسوط) ما يضرب به . وفي شرح المهذب هو فوق القضيب ودون العصا . وفي المختار هو سوط لا ثمرة له ، (والشسع) أحد سيور النعل الذي يدخل بين الأصبعين ، (والرغيف ، والكسرة ، والتمرة ، والعصا ونحو ذلك) كالخرقة والحبل وما لا خطر له .

قال في المبدع : والمعروف في المذهب تقييده بما لا تتبعه همة أوساط الناس ولو كثر .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، وأخرجه مسلم في كتاب اللقطة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١٢٣) .

ونص في رواية أبي بكر بن صدقة أنه يعرف الدرهم . قال ابن عقيل : لا يجب تعريف الدانق ، وحمله في التلخيص على دانق الذهب نظراً لعرف العراق (وما قيمته كقيمة ذلك ، فيملك بأخذه وينتفع به آخذه بلا تعريف) لحديث جابر : « رَخَّصَ النَّبِيُّ ﷺ في الْعَصَا والسَّوْطِ والحَبْلِ يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ »[1] رواه أبو داود .

(والأفضل أن يتصدق به) ذكره في التبصرة ، (ولا يلزمه) أي الملتقط (دفع بدله إن وجد ربه) لأن لاقطه ملكه بأخذه ، (ولعل المراد إذا تلف) قال في الشرح : إذا التقطه إنسان وانتفع به وتلف فلا ضمان ، (فأما إن كان) ما التقطه مما لا تتبعه الهمة (موجوداً ووجد) ملتقطه (ربه فيلزمه دفعه إليه) ويؤيده : تعبيرهم بالبدل ، إذ لا يعدل إليه إلا عند تلف المبدل ، ولهذا قال الموضح : ظاهر كلامهم يلزم دفع عينه ، (وكذا لو لقي كناس ومن في معناه) كالمقلش (قطعاً صغاراً مفرقة) من الفضة فإنه يملكها بأخذها ولا يلزمه تعريفها ولا بدلها إن وجد ربها ، (ولو كثرت) بضم بعضها إلى بعض ، لأن تفرقها يدل على تغاير أربابها ، (ومن ترك دابة بمهلكة، أو فلاة ترك إياس لانقطاعها) أي عجزها عن المشي ، (أو) تركها لـ (عجزه عن علفها ، ملكها آخذها) لحديث الشعبي . وتقدم ، بخلاف عبد ومتاع ، (إلا أن يكون تركها ليرجع إليها ، أو ضلت منه) فلا يملكها آخذها ، (وتقدم آخر إحياء الموات) موضحاً ، (وكذا ما ألقي خوف الغرق) في البحر فيملكه آخذه ، لأن مالكه ألقاه باختياره ، فأشبه المنبوذ رغبة عنه كما في التنقيح ، والمنتهي وغيرهما ، فهو مخالف لما قدمه في إحياء الموات . ويحتمل أن المراد التشبيه في تقدم حكمه ، أو أنه مشبه بالمستثنى ، فلا مخالفة وتقدم توضيح ذلك في إحياء الموات وبيان الخلاف فيه .

القسم (الثاني : الضوال التي تمتنع من صغار السباع، مثل ثعلب، وذئب، وابن آوى وولد الأسد) والضوال جمع ضالة وهي اسم حيوان خاصة . ويقال لها الهوامي والهوافي، والحامل وامتناعها إما لكبر جثتها (كإبل، وخيل، وبقر، وبغال ، و) إما لطيرانها كـ (طيور تمتنع بطيرانها، و) إما بسرعة عدوها (كظباء ، و) إما بنابها (كفهود معلمة) أو قابلة للتعليم ، وإلا فليست مالاً ، كما يعلم مما تقدم في البيع ، (وكـ) إبل (حمر) أهلية ، (وخالف الموفق فيها) فقال : الأولى إلحاقها بالشاة لمساواتها لها في العلة، (فهذا القسم غير الآبق يحرم التقاطه) لما تقدم في الحديث من قوله ﷺ لما سئل عن

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة ، الحديث (١٧١٧) واللفظ له .

ضالة الإبل « مَالَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » [(١)] وحذاؤها خفها ، لأنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لأنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش ، ولقوله ﷺ : « لا يُؤْوِي الضَّالَّةَ إلا ضَالٌّ » [(٢)] رواه أحمد وغيره ، وأما الآبق فيجوز التقاطه صوناً له عن اللحوق بدار الحرب وارتداده وسعيه بالفساد ، وتقدم .

(و) هذا القسم (لا يملكه) ملتقطه (بتعريفه) لأنه متع بأخذه كالغاصب لعدم إذن المالك والشارع ، سواء كان زمن أمن، أو فساد ، (وإن أنفق) الملتقط (عليه) أي على ما ذكر في هذا القسم (لم يرجع) على ربه بما أنفقه عليه (لتعديه بالتقاطه) وإمساكه (فإن تبع شيء منها) أي الضوال المذكورة (دوابه فطرده) فلا ضمان عليه ، (أو دخل) شيء منها (داره فأخرجه ، فلا ضمان عليه حيث لم يأخذه ولم تثبت يده عليه لكن للإمام ونائبه فقط) دون غيرهما (أخذ ذلك) أي ما ذكر من الضوال (ليحفظه لربه) لأن لهما نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذها على وجه الحفظ مصلحة لربها لصونها، و(لا) يجوز لهما كغيرهما أخذها (على سبيل الالتقاط) لما تقدم ، (ولا يلزمهما) أي الإمام، أو نائبه (تعريفه) أي تعريف ما أخذه من الضوال ليحفظه لربه ، لأن عمر رضي الله عنه لم يكن ليعرف الضوال ، ولأنه إذا عرف من الإمام حفظ الضوال ، فمن كانت له ضالة جاء إلى موضع الضوال ، فمن عرف ماله أقام البينة عليه ، (ولا تكفي فيه الصفة) لأن الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص بمعرفة صفاتها دون غيره ، وإقامة البينة عليها ممكنة لظهورها للناس ، (ومن أخذه) أي ما يمتنع من صغار السباع ، (ولم يكتمه ضمنه إن تلف أو نقص) قبل رده (كالغاصب) قبل أدائه ، لأن التقاطه غير مأذون فيه ، (وإن كتمه وتلف ضمنه) الكاتم (بقيمته مرتين) لربه (إماماً كان) الملتقط (أو غيره) قال أبو بكر في التنبيه : ثبت خبر عن النبي ﷺ أنه قال : « في الضَّالَّةِ الْمَكْتُومَةِ غَرَامَتُهَا وَمِثْلُهَا مَعَهَا » [(١)] قال : وهذا حكم

---

(١) راجع تخريج (١) ، ص (٢٠٢٤) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح بلفظ من آوى ضالة ، فهو ضال ما لم يعرفها . وهو عنده من رواية زيد بن خالد رضي الله عنه في الصحيح : ٣/١٣٥١ ، كتاب اللقطة ، باب في لقطة الحاج، الحديث : ١٢/١٧٢٥

(٣) هذا جزء من حديث طويل عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد في المسند : ٢/١٨٠ ، ٢٠٣ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب اللقطة ، باب في التعريف باللقطة ، الحديث (١٧١٠) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/٥٨٤ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة ، الحديث (١٢٨٩) ، وقال : « هذا حديث حسن » ، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن : ٨/٨٥ ، كتاب قطع السارق ، باب الثمر يسرق ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/٨٦٥ ، كتاب الحدود ، باب من سرق من الحرز ، الحديث (٢٥٩٦) .

رسول الله ﷺ ، فلا يرد ، (وإن لم يتلف) ما التقطه من الضوال (رده) إلى ربه إن وجده بلا غرم إن لم ينقص ، وإلا فأرش نقصه ، وتقدم ، (فإن دفعه إلى إمام أو نائبه) ليحفظه لربه زال عنه الضمان لأن للإمام نظراً فيها ، (أو أمره) الإمام أو نائبه ، (برده إلى مكانه زال عنه الضمان) لما روى الأثرم بسنده : « أنَّ عُمَرَ قَالَ لِرَجُلٍ وَجَدَ بَعِيراً : أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ » ، ولأن أمره برده كأخذه منه ، فإن رده إلى مكانه بغير إذن الإمام أو نائبه وتلف ضمنه ، لأنه بأخذه لزمه حفظه وتركه تضييع له ، (وكذا من أخذ من نائم، أو) أخذ من (ساه) أي غافل (شيئاً لا يبرأ برده) له نائماً أو ساهياً ، (بل بتسليمه لربه بعد انتباهه) من النوم والسهو ، لأن الآخذ متعد بالأخذ فهو سارق، أو غاصب ، فلا يبرأ من عهدته إلا برده في حال يصح قبض مالكه له فيها ، (أو) بتسليمه (لإمام أو نائبه) ليحفظه لربه فيبرأ بذلك وفيه نظر ، إذ لا ولاية لحاكم على نائم وساه ، ولذلك لم يذكره في المنتهى ولم أره لغيره ، (ويجوز التقاط الكلب المعلم) الصيد عند القاضي وغيره . قال الحارثي : وهو أصح لأنه لا نص في المنع وليس في معنى الممنوع ، (وينتفع به في الحال) بلا تعريف لأنه ليس بمال . وقدم في شرح المنتهى أنه يحرم التقاطه، وجزم به في التنقيح تبعاً للمغنى وغيره لكن لا ضمان، (ويسم الإمام) من الوسم وهو العلامة (ما يحصل عنده من الضوال) وقوله (بأنها ضالة) متعلق بيسم ، (ويشهد عليها) لاحتمال تغيره ، (ثم إن كان له حمي يرعى فيه) ما يحتمع عنده من الدواب (تركها) ترعى (فيه إن رأى ذلك وإن رأى) المصلحة في (بيعها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحليها، ويحفظ صفاتها، ويحفظ ثمنها لصاحبها) لأن ذلك أحفظ لها لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها ، (ويجوز التقاط الصيود المتوحشة التى إذا تركت رجعت إلى الصحراء بشرط عجز ربها عنها) لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال ، والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ، ولو كان القصد حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان ، فإن الدينار دينار حيثما كان ولا يملكها بالتعريف لأن الشرع لم يرد بذلك فيها ، ومثله على ما ذكره في المغني وغيره، لو وجد الضالة في أرض مسبعة ، يغلب على الظن أن الأسد يفترسها إن تركت، أو قريباً من دار الحرب يخاف عليها من أهلها ، أو بمحل يستحل أهله أموال المسلمين كوادي التيم ، أو في برية لا ماء فيها ولا مرعى ، فالأولى جواز أخذها للحفظ، ولا ضمان ، ويسلمها لنائب الإمام ، ولا يملكها بالتعريف .

قال الحارثي : وهو كما قال . قال في الإنصاف : لو قيل بوجوب أخذها والحالة هذه، لكان له وجه ، (وأحجار الطواحين) مبتدأ (الكبيرة ، والقدور الضخمة ،

والأخشاب الكبيرة) وقوله : (ملحقة بابل) خبره ، أي فلا يجوز التقاطها ، لأنها لا تكاد تضيع عن صاحبها، ولا تبرح من مكانها ، فهي أولى بعدم التعرض من الضوال ، (ويجوز التقاط قن صغير ذكراً كان) القن (أو أنثى) كالشاة ، (ولا يملك بالالتقاط) ولو عرفه حولاً . (قال الموفق : لأنه) أي اللقيط (محكوم بحريته) لأنها الأصل على ما يأتي في اللقيط .

القسم (الثالث : سائر) أي باقي (الأموال ، كالأثمان والمتاع ، وما لا يمتنع من صغر السباع ، كالغنم ، والفصلان) -بضم الفاء وكسرها - جمع فصيل ، وهو ولد الناق إذا فصل عن أمه ، (والعجاجيل) جمع عجل ، وهو ولد البقرة ، (وجحاش الحمير والأفلاء) بالمد : جمع فلو ، بوزن سحر وجرو وعدو وسمو ، وهو الجحش والمهر إذا فطما ، أو بلغا السنة ، قاله في القاموس ، (والأوز ، والدجاج ونحوها) كالخشبة الصغيرة ، وقطعة الحديد، والنحاس ، والرصاص ، والزق من الدهن أو العسل، والغرارة من الحب والكتب ، وما جرى مجرى ذلك ، والمريض من كبار الإبل ونحوه ، كالصغير ، (سواء وجد ذلك بمصر ، أو بمهلكة لم ينبذه ربه رغبة عنه) فإن نبذه كذلك، ملكه آخذه ، وتقدم في إحياء الموات .

(فمن لا يأمن نفسه عليها) أي اللقطة (لا يجوز له أخذها بحال) لما فيه من إضاعتها على ربها ، فهو كإتلافها ، وكما لو نوى تملكها في الحال، أو كتمانها ، (فإن أخذها) أي اللقطة (بهذه النية) أي بنية الخيانة (ضمنها) إن تلفت (ولو تلفت بغير تفريط) لأنه مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فضمنه ، كالغاصب ، (ولم يملكها) أي اللقطة ؛ إذا أخذها وهو لا يأمن نفسه عليها ، أو نوى تملكها في الحال أو كتمانها ، (وإن عرفها) لأن السبب المحرم لا يفيد الملك بدليل السرقة ، (ومن أخذها) أي اللقطة (بنية الأمانة ثم طرأ) له (قصد الخيانة لم يضمن) اللقطة إن تلفت بلا تفريط في الحول ، كما لو كان أودعه إياها ، (ومن أمن نفسه عليها) أي اللقطة ، (وقوى على تعريفها ، فله أخذها) لحديث زيد بن خالد المذكور أول الباب في النقدين ، وقيس عليهما كل متمول غير الحيوان ، وفي الحيوان ، لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ، وظاهره لا فرق بين الإمام وغيره ، (والأفضل) لمن أمن نفسه عليها وقوى على تعريفها (تركها) أي عدم التعرض لها . قال أحمد : الأفضل ترك الالتقاط ، وروى معناه عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولو وجدها بمضيعة) لأن في الالتقاط تعريضاً بنفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من تعريفها، وأداء الأمانة فيها ، فترك ذلك أولى وأسلم ، (وإن عجز عن تعريفها فليس له أخذها) ولو بنية الأمانة ، لأنه لا يحصل به

المقصود من وصولها إلى ربها ، (ومتى أخذها) أي أخذ الملتقط اللقطة ، (ثم ردها إلى موضعها) ضمنها ، (أو فرط فيها) فتلفت (ضمنها لأنها أمانة حصلت في يده ، فلزمه حفظها كسائر الأمانات ، وتركها التفريط فيها تضييع لها (إلا أن يكون) الملتقط (ردها بإذن الإمام أو نائبه) إلى موضعه ، فلا يضمنها ، لأن للإمام نظراً في المال الذي لا يعلم مالكه ، وكذا لو التقطها ودفعها للإمام أو نائبه .

(ولو) كان الملتقط (ممتنعاً) من صغار السباع ، ورده إلى مكان بإذن الإمام أو نائبه، فإنه يبرأ من ضمانها (كما تقدم ، وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها في حول التعريف بغير تفريط) منه ، (فلا ضمان عليه) لأنها أمانة في يده فلم يضمنها ، كالوديعة ، (فإن) ضاعت منه ، فـ (التقطها آخر فعلم) الثاني (أنها ضاعت من الأول فعليه) أي الثاني (ردها إليه) أي الأول ، لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضياع ، (فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولاً ملكها) لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان ، (ولا يملك الأول انتزاعها منه) لأن الملك مقدم على حق التملك ، (فإذا جاء صاحبها أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الأول) لأنه لم يفرط ، (وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى) الأول (أخذها وقال) للثاني (عرفها أنت ، فعرفها) الثاني حولاً (ملكها أيضاً) لأن الأول ترك حقه فسقط ، (وإن قال) الأول للثاني : (عرفها وتكون ملكاً لي ، ففعل) الثاني ، (فهو نائبه في التعريف ، ويملكها الأول) لأنه وكله في التعريف ، فصح ، كما لو كانت بيد الأول ، (وإن قال) الأول للثاني : (عرفها وتكون بيننا ، ففعل) أي عرفها (صح أيضاً ، وكانت بينهما) لأنه أسقط حقه من نصفها ، ووكله في الباقي ، (وإن غصبها غاصب من الملتقط وعرفها) الغاصب (لم يملكها) لأنه متعد بأخذها ، ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ، ولم يوجد منه ، بخلاف ما لو التقطها ثان ، فإنه وجد منه الالتقاط ، (واللقطة) التي أبيح التقاطها ، ولم تملك به وهو :

القسم الثالث (على ثلاثة أضرب : أحدها حيوان) مأكول ، كفصيل وشاة ودجاجة، (فيلزمه) أي الملتقط فعل الأحظ) لمالكه (من) أمور ثلاثة (أكله وعليه قيمته) في الحال، لقوله ﷺ وَسُئِلَ عَنْ لُقَطَةِ الشَّاةِ: « هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أو للذِّئْبِ»[1] فجعلها له في الحال ، لأنه سوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأنى بأكلها ، ولأن

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب اللقطة ، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ، وأخرجه مسلم في كتاب اللقطة .

في أكل الحيوان في الحال إغناء عن الإنفاق عليه وحراسته لماليته على صاحبه إذا جاء ، فإنه يأخذ قيمته بكمالها ، (و) من بيعه (أي الحيوان ، لأنه إذا جاز أكله ، فبيعه أولى.

(و) إذا باعه (حفظ ثمنه لصاحبه ، وله) أي الملتقط (أن يتولى ذلك بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الإمام في الأكل) لظاهر الحديث السابق ، (و) لا يحتاج إلى إذن الإمام أيضاً في (البيع) لأنه إذا جاز أكله بلا إذنه ، فبيعه أولى (يلزمه) أي الملتقط (حفظ صفتها) أي اللقطة (فيهما) أي فيما إذا أراد الأكل أو البيع ليتمكن من الرد إذا وصفها ربها ، (أو) من (حفظه) أي الحيوان (والإنفاق عليه من ماله) لما في ذلك من حفظه على مالكه ، (ولا يتملكه) أي لا يصح أن يتملك الملتقط الحيوان ، ولو بثمن كولي اليتيم ، لا يبيع من نفسه ، (فإن تركه) أي ترك الحيوان ، (ولم ينفق عليه) حتى تلف (ضمنه) لأنه مفرط ، (ويرجع) الملتقط (به) أي بما أنفقه على الحيوان (ما لم يتعد) بأن التقطه لا ليعرفه ، أو بنية تملكه في الحال ونحوه ، (وإن نوى الرجوع) على مالكه إن وجده بما أنفق كالوديعة ، (وإلا) بأن أنفق ولم ينو الرجوع (فلا) رجوع له بما أنفق ، لأنه متبرع ، (فإن استوت) الأمور (الثلاثة) في نظر الملتقط ، ولم يظهر له الأحظ منها (خير بينها) لجواز كل منها مع عدم ظهور الأحظ .

(قال الحارثي : وأولى الأمور : الحفظ مع الإنفاق ، ثم البيع وحفظ الثمن ، ثم الأكل وغرم القيمة) . وفي الترغيب : لا يبيع بعض الحيوان .

الضرب (الثاني : ما يخشى فساده بتبقيته ، (كطبيخ ، وبطيخ ، وفاكهة ، وخضروات ونحوها ، فيلزمه) أي الملتقط (فعل الأحظ من أكله ، وعليه قيمته وبيعه) ولو (بلا حكم) أي إذن (حاكم ، وحفظ ثمنه) لأن في كل منهما حفظاً لماليته على ربه ، وكالحيوان ، (ولو تركه) أي ترك الملتقط ما يخشى فساده بلا أكل ، ولا بيع (حتى تلف ، ضمنه) لأنه مفرط ، (فإن استويا) في نظر الملتقط (خير بينهما) فأيهما فعل جاز له ، (وقيده) أي ما ذكر من البيع والأكل (جماعة ، بعد تعريفه بقدر ما يخاف معه فساده ، ثم هو بالخيار) بين أكله وبيعه ، (إلا أن يمكن تجفيفه) أي تجفيف ما يخشى فساده (كالعنب فيفعل) الملتقط (ما يرى الحظ فيه لمالكه من الأكل) بقيمته، (والبيع) مع حفظ ثمنه (والتجفيف) لأنه أمانة بيده وفعل الأحظ في الأمانة متين (وغرامة التجفيف) إن احتيج إليها (منه فيبيع) الملتقط (بعضه في ذلك) أي في تجفيفه لأنه من مصلحته ، فإن أنفق من ماله رجع به في الأصح ، قاله في المبدع ، وإن تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله .

الضرب (**الثالث** : سائر الأموال) أي ما عدا الضربين المذكورين كالأثمان والمتاع ونحوه ، (ويلزمه) أي الملتقط (حفظ الجميع) من حيوان وغيره ، لأنه صار أمانة في يده بالتقاطه ، (و) يلزمه (تعريفه على الفور) لظاهر الأمر ، لأن مقتضاه الفور ولأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها (حيواناً كان) الملتقط (أو غيره) سواء أراد الملتقط تملكه أو حفظه لصاحبه .. لأنه ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبى بن كعب ولم يفرق ، ولا حفظها لصاحبها إنما يفيد بوصولها إليه ، وطريقة التعريف . ويكون التعريف (بالنداء عليه) أي الملتقط (بنفسه) أي الملتقط (أو بنائبه) ويكون النداء (في مجامع الناس ، كالأسواق، والحمامات، وأبواب المساجد أدبار الصلوات) لأن المقصود إشاعة ذكرها .

(ويكره) النداء عليها (فيها) أي في المساجد لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « مَنْ سَمِعَ رَجُلاً يَنْشِدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ فَلْيَقُلْ لا أَدَّاهَا اللهُ إِلَيْكَ فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهَذَا »[1] والإنشاد دون التعريف فهو أولى ، (ويكثر منه) أي التعريف (في موضع وجدانها) لأنه مظنة طلبها ، (و) يكثر أيضاً منه (في الوقت الذي يلي التقاطها) لأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها ، فالإكثار منه إذن أقرب إلى وصولها إليه ، ويكون التعريف (حولاً كاملاً) لحديث زيد بن خالد وهو قول عمر وعليّ وابن عباس (نهاراً) لأنه مجمع الناس وملتقاهم (كل يوم مرة أسبوعاً) أي سبعة أيام ، لأن الطلب فيه أكثر ، (ثم) لا يجب تعريفها بعد أسبوع متوالياً ، بل على عادة الناس ، قطع به في المنتهى وغيره ، وقدم في الترغيب ، والتلخيص ، والرعاية وغيرها (مرة من كل أسبوع من شهر ثم مرة في كل شهر) حتى يتم الحول .

(ولا يصفه) أي لا يصف ما يعرفه (بل يقول : من ضاع منه شيء، أو) من ضاع منه (نفقة) قاله في المحرر . وفي المغني والشرح فيقول : من ضاع منه ذهب، أو فضة، أو دنانير، أو دراهم، أو ثياب ونحو ذلك . انتهى ، لكن اتفقوا على أنه لا يصفها لأنه لا يؤمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها فتضيع على مالكها ، ومقتضى قولهم : لا يصفها : أنه لو وصفها فأخذها غير مالكها بالوصف ضمنها الملتقط لمالكها ، كما لو دل الوديع على الوديعة من سرقها ، (وإن سافر) الملتقط في حول التعريف ، (وكل من يعرفها) عنه حتى يحضر فينوب نائبه منابه ، (فإن التقط) اللقطة (في صحراء عرفها في أقرب البلاد من الصحراء) التي التقطها فيها لأنه مظنة طلبها ، (وأجرة المنادي

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح : ١/٣٩٧ ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد ، الحديث : ٥٦٨/٧٩ .

على الملتقط) لأنه سبب في العمل ، فكانت أجرته عليه كما لو اكترى شخصاً يقلع له مباحاً .

(ولا يرجع) الملتقط (بها) أي بأجرة المنادي على رب اللقطة ولو قصد حفظها لمالكها خلافاً لأبي الخطاب ، لأن التعريف واجب على الملتقط فأجرته عليه ، (ولا تعرف كلاب) ولو معلمة ، (بل ينتفع بالمباح منها) فيجوز التقاطه كما تقدم لأنه لا نص في المنع ، وليس في معنى الممنوع ، وفي أخذه حفظه على مستحقه أشبه الأثمان وأولى من جهة أنه ليس مالاً فيكون أخف ، (وإن كان لا يرجى وجود صاحب اللقطة) ومنه لو كانت دراهم، أو دنانير ليست بصرة ولا نحوها على ما ذكره ابن عبد الهادي في مغنى ذوي الأفهام ، حيث ذكر أنه يملكها ملتقطها بلا تعريف (لم يجب تعريفها في أحد القولين) نظراً إلى أنه كالعبث . وظاهر كلام التنقيح، والمنتهى وغيرهما : يجب مطلقاً ، (ولو أخر) الملتقط (التعريف عن الحول الأول) أثم وسقط (أو) أخره (بعضه) أي بعض الحول الأول (أثم) الملتقط بتأخيره أي التعريف لوجوبه على الفور كما تقدم ، (وسقط) التعريف ، لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول ، فإذا تركه في بعض الحول عرف بقيته فقط ، (كـ) ما يأثم (بالتقاطه بنية تملكه ، أو) بالتقاط (ما لم يرد تعريفه) وتقدم .

(ولا يملكها) أي اللقطة إذا لم يعرفها في الحول الأول (بالتعريف بعد الحول الأول) لأن شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ، وهل يتصدق بها، أو يحبسها عنده أبداً ؟ على روايتين ، (وكذا لو تركه) أي التعريف (فيه) أي الحول الأول (عجزاً كمريض ومحبوس ، أو) تركه فيه (نسياناً) فلا يملكها به بعده لأن تعريفها في الحول الأول سبب الملك ، والحكم ينتفي لانتفاء سببه ، سواء انتفى لعذر أو غيره ، وهذا أحد وجهين قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني يملكها بتعريفها حولاً بعد زوال العذر ، لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه ، فأشبه ما لو عرفها في الحول الأول ، ومفهوم كلام التنقيح : أنه المذهب، ذكره في شرح المنتهى ، (أو تركه) أي التعريف (في بعض الحول) لعذر أو غيره على ما تقدم ، فلا يملكها ولو عرفها بعده لما تقدم ، (أو وجدها صغير ونحوه) كسفيه ، (فلم يعرفها وليه) الحول الأول فلا يملكها لانتفاء سبب الملك كما تقدم ، (أو ضاعت) اللقطة (فعرفها) الملتقط الثاني مع علمه بـ) الملتقط (الأول ولم يعلمه) بها لم يملكها، (أو أعلمه) أي أعلم الثاني الأول ، (وقصد) الثاني (بتعريفها لنفسه) دون الأول ولم يأذنه الأول (لم يملكها) الثاني ، لأن ولاية التعريف للأول وهو معلوم ، فأشبه ما

لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، والوجه الثاني : يملكها لأن سبب الملك وجد منه والأول لم يملكها ، قدمه ابن رزين في شرحه ، وقطع به في التنقيح، وتبعه في المنتهى ، لكن توهم في شرحه أن الأول هو الذي يملكها وهو مخالف لكلام الأصحاب ، لأنهم إنما حكوا الوجهين في ملك الثاني لها ، وأما الأول فلم يوجد منه تعريف لا بنفسه، ولا بنائبه ، والتعريف هو سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه ، (وليس خوفه) أي الملتقط (أن يأخذها) أي اللقطة (سلطان جائر) عذراً في ترك تعريفها ، (أو) خوفه أن (يطالبه بأكثر عذراً في ترك تعريفها) قال في الفروع : (فإن أخره) أي التعريف لذلك الخوف (لم يملكها إلا بعده) أي التعريف ، ذكره أبو الخطاب وابن الزاغوني ، ومرادهم والله أعلم أنه ليس عذراً حتى يملكها بلا تعريف ، ولهذا ذكروا أنه يملكها بعده، وقد ذكروا أن خوفه على نفسه ، أو ماله عذر في ترك الواجب . وقال أبو الوفاء: تبقى بيده ، فإذا وجد أمنا عرفها حولاً . انتهى .

فيؤخذ من هذا أن تأخير التعريف للعذر لا يؤثر ، وتقدم أن فيه وجهين ، وأن كلام المصنف أنه لا يملكها بعد ، فيتعارض كلامه إلا أن يقال : هذا متأخر عما تقدم ، فكأنه رجع إلى هذا .

(وإذا عرفها) أي عرف الملتقط اللقطة الجائز التقاطها حولاً كاملاً فوراً ، (فلم تعرف دخلت) اللقطة (في ملكه) أي الملتقط غنياً كان أو فقيراً (بعد الحول) لقوله عليه السلام في حديث زيد بن خالد : « فَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ فاسْتَنْفِقْهَا » ، وفي لفظ : « وَإِلا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِك » ، وفي لفظ : « ثُمَّ كُلْهَا » ، وفي لفظ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » ، وفي لَفْظ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » ، وفي حديث أبي بكر بن كعب : « فَاسْتَنْفِقْهَا » ، وفي لفظ : «فَاسْتَمْتِعْ بها » وهو حديث صحيح ، قاله في المغني ، وقال : ويملك اللقطة ملكاً مراعي يزول بمجيء صاحبها . قال : والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته ، وإنما يتجدد وجوب العوض بوجود صاحبها ، كما يتجدد وجوب نصف الصداق أو بدله للزوج بالطلاق (حكماً كالميراث) لما تقدم من الأحاديث ، ولأن الالتقاط والتعريف سبب التملك ، فإذا تما وجب أن يثبت الملك حكماً كالإحياء والاصطياد ، فلا يقف على قوله ولا اختياره .

(ولو) كانت اللقطة (عروضاً) فهي (كالأثمان) لعموم الأحاديث التي في اللقطة جميعها . وروى الجوزجاني والأثرم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « أتى

رَجُلٌ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللهِ كَيْفَ تَرَى مَتَاعاً يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ المِيْتَاءِ ؟ أَوْ فِي مَسْكُونَةٍ ؟ فَقَالَ : عَرِّفْهُ سَنَةً ، فَإِن جَاءَ صَاحِبُهُ وَإِلا فَشَأْنَكَ بِهِ » (١) .

(و) لو كانت اللقطة (لقطة الحرم) فإنها تملك بالتعريف حكماً كلقطة الحل . وروى عن ابن عمر، وابن عباس، وعائشة رضي الله عنهم ، لعموم الأحاديث ، ولأنه أحد الحرمين ، فأشبه حرم المدينة ، ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة . وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إلا لِمُنْشِدٍ » (٢) متفق عليه يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً ، وتخصصها بذلك لتأكدها لا لتخصيصها كقوله عليه الصلاة والسلام : « ضَالَّةُ المُسْلِمِ حَرْقُ النَّارِ » (٣) وضالة الذمي مقيسة عليها .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه البخاري في كتاب اللقطة ، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، وأخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٨٦١) .

(٣) هذا الحديث مخرج من ثلاث طرق :

الأولى : عن الجارود العبدي رضي الله عنه ، أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند ص١٨٣ ، الحديث (١٢٩٤) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف : ١٠/ ١٣ ، كتاب اللقطة ، الحديث (١٨٦٠٣)، وأخرجه أحمد في المسند : ٥/ ٨٠ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الضالة ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الضالة ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣٠١/٤، كتاب الأشربة ، باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً ، وأخرجه النسائي في السنن في اللقطة ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٤٠٦/٢ ، الحديث (٣١٧٩) ، وأخرجه أبو يعلي في المسند: ٢/ ٢٢٠ ، الحديث (٢/ ٩١٩) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ، كتاب البيوع، باب ما جاء في اللقطة ، الحديث (١١٧٠) ، لكن سقط من سنده اسم الصحابي (الجارود) وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ٢٩٧/٢ ، الحديث (٢١١٤) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٦/ ١٩٠، كتاب اللقطة ، باب ما يجوز له أخذه ، وعزاه المتقي الهندي في كنز العمال : ١٨٦/١٥ ، الحديث (٤٠٢٥) إلى الطحاوي ، والحسن بن سفيان والبارودي ، وابن قانع وللضياء المقدسي عن الجارود رضي الله عنه .

الثانية : عن عبد الله بن الشخير رضي الله عنه أخرجه أحمد في المسند : ٤/ ٢٥ ، وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٤/ ٣٦٠ ، الحديث (٥٣٥١) ، وعزاه المحقق للسنن الكبرى، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٣٣٦/٢ ، كتاب اللقطة ، باب ضالة الإبل ، الحديث (٢٥٠٢) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ص٢٨٤ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في اللقطة ، الحديث (١١٧١) ، وأخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء : ٩/ ٣٣ ضمن ترجمة عبد الرحمن بن مهدي ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ١٩١/٦ ، كتاب اللقطة ، باب ما يجوز له أخذه، وأخرجه البغوي في شرح السنة : ٣١٦/٨ ، باب اللقطة ، الحديث (٢٢٠٩) .

الثالثة : عن عصمة بن مالك رضي الله عنه ، أخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ١٨٤/١٧ ، الحديث (٤٨٩) ، وأقول : أن قوله حرْق النار - بفتح الحاء والراء - وقد يسكن والمراد هنا لهبها ، يريد أن أخذ اللقطة يؤدي إلى حرق النار لمن لم يعرفها .

« تتمة » : قال أبو عبيد : المنشد المعرف ، والناشد الطالب .

(أو كان سقوطها) أي اللقطة (من صاحبها بـ) سبب (عدوان غيره) عليه لعموم ما سبق .

★ ★ ★

فصـــل

ولا يجوز له أي الملتقط (التصرف فيها) أي اللقطة بعد تعريفها الحول ولو بخلط بما لا تتميز منه (حتى يعرف وعاءها ، وهو ظرفها ، كيساً كان أو غيره) كخرقة مشدودة فيها وقدر ، وزق فيه اللقطة المائعة ولفافة على ثياب ، (و) حتى يعرف (وكاءها) بالمد (وهو الخيط) أو السير (الذي تشد به) فيعرف كونه خيطاً ، أو سيراً وكون الخيط من إبريسم، أو قطن، أو كتان ونحوه، (و) حتى يعرف (عفاصها) -بكسر العين المهملة- (وهو الشد والعقد أي صفتهما) فيعرف الربط هل هو عقدة، أو عقدتان، وأنشوطة، أو غيرها للاتفاق على الأمر بمعرفة صفاتها ، وهذه منها . والأنشوطة قال في القاموس : كأنبوبة عقدة يسهل انحلالها كعقدة التكة . وقال في العفاص : ككتاب : الوعاء فيه النفقة ، جلداً أو خرقة ، وغلاف القارورة والجلدة تغطي به رأسها . انتهى .

فالعفاص مشترك ، لكن لما ذكر مع الوعاء حمل على ما يغايره لأنه الأصل في العطف ، (و) حتى يعرف (قدرها) أي اللقطة بمعيارها الشرعي من كيل، أو وزن، أو ذرع، أو عد ، (و) حتى يعرف (جنسها وصفتها) التي تتميز بها ، وحتى نوعها ولونها ، لحديث زيد وفيه : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ وِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ وَإِلا فَهِيَ لَكَ » [1] رواه مسلم ، وفي حديث بن أبي كعب : « فإنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِهَا وَوِعَائِها وَوِكائِها فأعْطِهَا إيَّاهُ » [2] .

(أي تجب معرفة ذلك عند إرادة التصرف فيها) أي في اللقطة لما تقدم ، ولأن دفعها إلى ربها يجب بما ذكر ، فلا بد من معرفته نظراً إلى ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، ولأنه إذا عدم ذلك لم يبق سبيل إلى معرفتها ، (ويسن ذلك) أي أن يعرف وعاءها، وعفاصها، وجنسها، وصفتها، وقدرها (عند وجدانها) لأن فيه تحصيلاً للعلم بذلك،

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب اللقطة .

(٢) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب اللقطة ، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع حتى لا يأخذها من لا يستحق ، وأخرجه مسلم في كتاب اللقطة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١٢٤) .

(و) يسن للملتقط أيضاً (إشهاد عدلين عليها) لقوله عليه الصلاة والسلام : « مَنْ وَجدَ لُقطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ »[1] رواه أبو داود . و(لا) يسن الإشهاد (على صفتها) أي اللقطة لاحتمال شيوعه ، فيعتمده المدعي الكاذب . قال في الشرح والمبدع ، ويستحب كتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة نسيانها ، (فمتى جاء طالبها) ولو بعد الحول ، (فوصفها) بالصفات السابقة (لزم دفعها إليه إن كانت عنده ، ولو بلا بينة ولا يمين ، ظن صدقه أو لا) لقوله عليه الصلاة والسلام : « فإنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فأدِّهَا إلَيْهِ »[2]، ولأنه يتعذر إقامة البينة عليها غالباً لسقوطها حال الغفلة والسهو، فلو لم يجب دفعها بالصفة لما جاز التقاطها ، (فإن وجدها) طالبها (قد خرجت عن) ملك (الملتقط ببيع أو غيره) بأن باعه الملتقط، أو وهبها، أو وقفها (بعد ملكها) أي بعد أن عرفها حولاً كاملاً ، (فلا رجوع) لطالبها في عينها ، لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً لدخولها في ملكه ، (وله) أي لطالبها (بدلها) على الملتقط أي مثلها إن كانت مثلية وإلا فقيمتها لتعذر ردها لما تقدم ، (فإن أدركها) طالبها (مبيعة بيع الخيار) بأن يبعث بشرط الخيار (للبائع، أو لهما) أي البائع والمشتري ، وقوله (في زمنه) متعلق بإدراكها أي زمن الخيار (وجب) على البائع (الفسخ) ليردها لربها لقدرته عليه زمن خيار وترد له .

وعلم من كلامه : أنه لو كان الخيار للمشتري وحده فليس لربها إلا البدل ما لم يختر المشتري الفسخ ولا يلزمه ، (أو) أدركها ربها بعد الحول (مرهونة) ولو مقبوضة (فله انتزاعها) من المرتهن أو نائبه ، لقيام ملكه وانتفاء إذنه ، قاله الحارثي .

وقال في الإنصاف : قلت : يتوجه عدم الانتزاع لتعلق حق المرتهن به ، ويؤيده قوله في الشرح : وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره إن شاء الله ، (فإن صادفها ربها قد رجعت إليه) أي الملتقط بعد خروجها عن ملكه (بفسخ أو غيره أخذها) لأنه وجد عين ماله في يد الملتقط ، فكان له أخذها كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة ، وحيث أخذ اللقطة طالبها ، فإنه يأخذها (بنمائها المتصل) لأنه ملك مالكها ، ولا يمكن انفصالها عنه ، ولأنه يتبع في العقود

---

(١) الحديث عن عياض بن حمّاد رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند : ٤/ ١٦١ - ١٦٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن : ٢/ ٣٣٥ ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة ، الحديث (١٧٠٩) ، واللفظ له . وأخرجه النسائي ، ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٨/ ٢٥٠ ، الحديث (١٠١٣) ، وعزاه المحقق للكبرى ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٣٧ ، كتاب اللقطة ، باب اللقطة ، الحديث (٢٥٠٥) ، وأخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٨٤) ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في اللقطة ، الحديث (١١٦٩) .

(٢) سبق تخريجه مفصلاً .

والفسوخ ، (فأما) النماء (المنفصل قبل مضي الحول ، فـ) ـهو (لمالكها) لأنه نماء ملكه ، (و) النماء المنفصل (بعده) أي بعد حول التعريف (لواجدها) لأنه ملك اللقطة بمضي الحول ، فنماؤها إذن نماء ملكه ، ولأنه يضمن النقص بعد الحول فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان ، بخلاف المفلس ، فإنه لا يضمن النقص لغيره ، (ووارث ملتقط كهو) أي كالملتقط (في تعريف وغيره) لقيامه مقامه ، فإن مات قبل تمام الحول ، قام وارثه في إتمام تعريفها ، ودخلت في ملكه بعد تمام التعريف ، وإن مات بعد الحول ورثها ورثته كسائر أمواله ، (فإن مات الملتقط بعد تمام الحول ، ثم جاء صاحبها أخذها من الوارث) إن كانت موجودة كما يأخذها من الموروث ، (وإن كانت) اللقطة (معدومة فصاحبها غريم بها) أي بمثلها إن كانت مثلية أو بقيمتها ، فيأخذ ذلك من تركته ، وإن ضاقت زاحم الغرماء ، (وإن كان تلفها بعد الحول بفعله) أي الوارث (أو بغير فعله) لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، (وإن تلفت) اللقطة، (أو نقصت، أو ضاعت قبل مضي الحول لم يضمنها) الملتقط ولا وارثه ، (إن لم يفرط ، لأنها في يده أمانة ، و) إن تلفت، أو نقصت، أو ضاعت (بعد الحول يضمنها ولو لم يفرط) لدخولها في ملكه إذن (بمثلها إن كانت مثلية، وإلا) تكن مثلية (ضمنها) بقيمتها يوم عرف بها ، سواء تلفت بفعله، أو بغير فعله) لصيرورتها بملكه بعد حول التعريف ، وإذا مات الملتقط ولم يعلم تلف اللقطة، ولم توجد في تركته فصاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده ، لأن الأصل بقاؤها ، (ولا يكفي تصديق عبد) ولا أمة (ملتقط) أي لو كان بيدقن عين وجاء طالبها ، وقال : هي لقطة ووصفها لم يكف تصديق القن (لواصف) على أنها لقطة ، (بل لا بد من بينة ، لأن إقرار العبد لا يصح فيما يتعلق بنفسه) أي برقبته ، لأنه إقرار على سيده بخلاف إقراره بنحو طلاق (فإن وصفها) أي اللقطة (اثنان) فأكثر (معاً أو وصفها الثاني) بعد الأول ، لكن (قبل دفعها إلى الأول) أقرع بينهما (أو أقاما بينتين) باللقطة (أقرع بينهما) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، (فمن قرع) أي خرجت له القرعة (حلف) أن اللقطة له لاحتمال صدق صاحبه ، (وأخذها) لأن ذلك فائدة القرعة ، (و) إن وصفها إنسان (بعد دفعها) لمن وصفها أولاً (لا شيء للواصف الثاني) لأن الأول استحقها بوصفه إياها مع عدم المنازع له حين أخذها ، وثبتت يده عليها ، ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه ، فوجب بقاؤها له كسائر ماله .

(ولو ادعاها) أي اللقطة (كل واحد منهما فوصفها أحدهما دون الآخر حلف) واصفها (وأخذها) لترجحه بوصفها ، (ومثله وصفه مغصوباً، ومسروقاً)، ومنهوباً

ونحوه ، فإنه (يستحقه بالوصف) ولا يكلف بينة تشهد به ، (ذكره القاضي وأصحابه على قياس قوله) أي الإمام (إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن الدار) -بكسر الدال- أي المدفون بها (من وصفه فهو له) لترجحه بالوصف . قال في القاعدة الثامنة والتسعين: من ادعى شيئاً ووصفه دفع إليه بالصفة ، إذا جهل ربه ، ولم تثبت عليه يد من جهة مالكه، وإلا فلا ، (ولا يجوز) للملتقط (دفعها) أي اللقطة لطالبها (بغير وصف ولا بينة ، ولو ظهر صدقه) لاحتمال كذبه ، وضمن الدافع إن جاء آخر ووصفها، وقرار الضمان على الآخذ ، وللملتقط مطالبة آخذها بها ، إن لم يأت أحد ، لأنه لا يأمن مجيء ربها وطلبه بها ، ولأنها بيده أمانة .

(وإن) وصفها إنسان ودفعها إليه ، ثم (أقام آخر بينة أنها له ، أخذها من الواصف) لأن البينة أقوى من الوصف ، (فإن تلفت عند الواصف ضمنها) الواصف ، لأن يده عادية كالغاصب ، (ولم يضمن الدافع ، وهو الملتقط ، إن كان الدافع بإذن حاكم) لأن الدفع إذن واجب عليه ، فكأنه بغير اختياره فلم يضمن ، كالمكره ، (ولا يرجع الواصف عليه) أي على الملتقط بما يغرمه لمن أقام البينة ، بل يستقر عليه ضمانه، (وكذا لو كان الدقع) من الملتقط للواصف (بغير إذن حاكم) لأنه بإذن الشرع ، فلا ضمان على الملتقط (لوجوبه) أي الدفع (عليه) لمن وصفها لما تقدم ، وإن كان الواصف أخذ بدلها لتلفها عند الملتقط لم يطالبه ذو البينة ، وإنما يرجع على الملتقط ، ثم يرجع الملتقط على الواصف ، لأنه لم يكن أقر له (ومؤنة ردها) أي اللقطة (على ربها) إن احتاجت لذلك كالوديعة ، (ولو قال مالكها) أي اللقطة بعد تلفها في حول التعريف بلا تفريط (أخذتها لتذهب بها) لا لتعرفها فأنت ضامن ، (وقال الملتقط : بل) أخذتها (لأعرفها ، فقوله) أي الملتقط (مع يمينه) لأنه منكر والأصل براءته ، (وإن وجد) مشتر (في حيوان اشتراه ، كشاة ونحوها نقداً ، فـ) هو (لقطة لواجدة يعرفها) أي يلزمه تعريفها كسائر الأموال الضائعة .

(ويبدأ) في التعريف (بالبائع ، لأنه يحتمل أن تكون) الشاة (ابتلعتها في ملكه ، كما لو وجد صيداً مخضوباً، أو في أذنه قرط ، أو في عنقه خرز) فإنه لقطة لأن ذلك الخضاب ونحوه يدل على ثبوت اليد عليه قبل ذلك ، (وإن اصطاد سمكة من البحر فوجد في بطنها درة غير مثقوبة فهي) أي الدرة (له) للصائد ، لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها ، لأن الدريكون في البحر قال تعالى: ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ [1] .

---

(١) سورة النحل ، الآية : ١٤ .

(وإن باعها) أي السمكة (غير عالم بها) أي بالدرة (لم يزل ملكه) أي الصياد (عنها) أي الدرة (فترد إليه) لأنه إذا علم ما في بطنها لم يبعه ، ويرضى بزوال ملكه عنه فلم يدخل في البيع ، (كما لو باع داراً له فيها مال) مدفون (لم يعلم به ، وإن وجد) الصياد (في بطنها) أي السمكة (ما لا يكون إلا للآدمي كدراهم أو دنانير ، أو) وجد فيه (درة أو غيرها مثقوبة ، أو متصلة بذهب ، أو فضة ، أو غيرهما) فلقطة لا يملكها الصياد بل يعرفها ، (أو) وجد ما ذكر (في عين أو نهر ، ولو) كان النهر (متصلاً بالبحر فلقطة) على الصياد تعريفها عملاً بالقرائن .

(وإن وجدها) أي الدراهم، أو الدنانير، أو الدرة المثقوبة ونحوها (المشتري) للسمكة، (فالتعريف عليه) لأنه الملتقط ، (وإن اصطادها) السمكة (من عين أو نهر غير متصل بالبحر فكالشاة فيما إذا ما وجد في بطنها من درة مثقوبة لقطة) لأن العين والنهر غير المتصل ليس معدناً للدر ، وعلم منه أنه إن كان متصلاً بالبحر ، وكانت الدرة غير مثقوبة أنها للصياد .

(وإن وجد) إنسان (عنبرة على الساحل فحازها فهي له) لأن الظاهر أن البحر قذف بها فهي مباحة ، ومن سبق إلى مباح فهو له ، وإن لم تكن على الساحل فلقطة يعرفها، (ومن أخذ متاعه ، كثياب في حمام) وترك له بدله فلقطة ، (أو أخذ مداسه وترك بدله فلقطة) لا يملكه بذلك ، لأن سارق الثياب ونحوها لم يجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عنها ، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ، ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة ، (ويأخذ) رب الثياب ونحوها (حقه منه) أي مما ترك له (بعد تعريفه) من غير رفعه إلى حاكم .

قال الموفق : هذا أقرب إلى الرفق بالناس لأن فيها نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ، ونفعاً للآخر إن كان سارقاً بالتخفيف عنه عن الإثم وحفظاً لهذه الثياب عن الضياع ، فلو كانت الثياب المتروكة أكثر قيمة من المأخوذة ، فإنما يأخذ منها بقدر قيمة ثيابه ، لأن الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه ويتصدق بالباقي ، (ومن وجد لقطة بدار حرب وهو) أي الواجد (في الجيش عرفها سنة ، ابتداؤها) أي السنة (في الجيش) لاحتمال أن تكون لأحدهم ، (و) يعرفها (بقيتها) أي باقي السنة (في دار الإسلام ، ثم) إذا تم تعريفها (وضعها) أي اللقطة (في المغنم) لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً .

(وإن كان) الملتقط (دخل) دار الحرب (بأمان عرفها) أي اللقطة (في دارهم) حولاً ، لأن أموالهم محرمة عليه ، (ثم هي) أي اللقطة (له) أي لواجدها ، (إلا أن يكون في جيش ؛ فكالتي قبلها) أي يضعها في المغنم لما تقدم ، وإن دخل إليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الإسلام ، لأن أموالهم مباحة له ، ثم يكون حكمها حكم غنيمته . ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف ، لأن الظاهر أنها من أموالهم ، قاله في المغني .

(وإن وجد لقطة في غير طريق مأتى) أي مسلوك ، (فهي لقطة) تعرف ، كالتي في الطريق المسلوك .



(فصل في أحكام الملتقط ووجوب تعريف اللقطة)

ولا فرق في وجوب تعريف اللقطة حولاً ، وملكها بعده (بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، يأمن نفسه عليه ، (لأن الالتقاط نوع اكتساب) فاستووا فيه كالاحتشاش والاصطياد .

وأما من لا يأمن نفسه عليها فيحرم عليه أخذها وتقدم ، (ويضم) أي يضم الحاكم ذا علم بها (إلى الكافر والفاسق أمين في تعريفها، وحفظها) قطع به في المغني وغيره ، لأنهما لا يؤمنان على تعريفها ، ولا يؤمن أن يخلا في التعريف بشيء من الواجب عليهما ، قاله في المغني والشرح في المشرف على الكافر ، وقالا : وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد عدل ، فإذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها، لأن سبب الملك وجد منه ، (وإن وجدها) أي اللقطة (صغير، أو سفيه، أو مجنون) صح التقاطه لأنه نوع تكسب كالاصطياد ، و(قام وليه بتعريفها) لأنه قد ثبت لواجدها حق التملك فيها ، فكان على وليه القيام بها ، (فإذا عرفها) الولي (فهي لواجدها) لأن سبب الملك تم بشرطه ، ولو كان الصغير مميزاً فعرفها بنفسه .

قال الحارثي : فظاهر كلامه في المغني عدم الإجزاء ، والأظهر الإجزاء لأنه يعقل التعريف ، فالمقصود حاصل . انتهى ، وإن لم يعرفها الصغير ولا الولي ، فنص الإمام إن وجد صاحبها دفعها إليه وإلا تصدق بها . قد مضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ، وهذا يؤيد ما جزم به المصنف فيما تقدم أن تأخير التعريف لعذر كتأخيره بلا عذر ، لأن الصغير من أهل العذر ، (وإن تركها الولي بيده) أي يد الصغير، أو السفيه أو المجنون (بعد علمه) أي الولي بها (ضمنها الولي) لأنه المضيع لها ، لأنه يلزمه

حفظ ما يتعلق به حق موليه ، (وإن تلفت) اللقطة (بيد أحدهم) أي الصغير، أو المجنون، أو السفيه (بغير تفريط) من أحد منهم ، ولا من الولي (فلا ضمان عليه) لأنها كالأمانة ، (وإن فرط) فيها واجدها الصغير أو السفيه أو المجنون فتلفت (ضمنها في ماله كإتلافه وكعبد ، وللعبد التقاطها) لعموم الأحاديث ، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصغير ويصح منه ، فصح من الرقيق ، (و) للعبد إذا التقطها (تعريفها بلا إذن سيده كاحتطابه، واحتشاشه، واصطياده) لأنه فعل حسي فلم يمكن رده، (وله) أي العبد (إعْلام سيده العدل بها إن أمنه) عليها ، (وإلا) يأمن سيده عليها (لزم) العبد (سترها عنه) أي عن سيده ، لأنه يلزمه حفظها ، وذلك وسيلة إليه ويسلمها للحاكم ليعرفها ، ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان ، (ولسيده العدل أخذها منه) ليعرفها ، فإن عرفها وأدى الأمانة فيها ، فتلفت في الحول الأول بغير تفريط فلا ضمان فيها ، لأنها لم تتلف بتفريط أحدهما (أو تركها) أي ولسيده تركها (معه) أي العبد (ليعرفها إن كان) العبد (عدلاً) فيكون السيد مستعيناً به في حفظها ، كما يستعين به في حفظ سائر ماله ، وإن كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده فيضمنها إن تلفت كما لو أخذها من يده ثم ردها إليه ، لأن يد العبد كيده ، وإن أعتق السيد عبده بعد التقاطه كان له انتزاع اللقطة من يده لأنها من كسبه .

(فإن أتلفها) أي اللقطة (العبد، أو تلفت) اللقطة (بتفريطه قبل الحول أو بعده ، ففي رقبته) ضمانها ، لأنه أتلف مال غيره ، فكان ضمانه في رقبته كغير اللقطة ، (ومثله) أي العبد فيما تقدم (أم ولد، ومدبر، ومعلق عتقه بصفة ، لكن إن تلفت) اللقطة (بتفريط أم الولد فداها سيدها بالأقل من قيمتها، أو قيمة ما أتلفته) كسائر إتلافاتها ، (والمكاتب) في التقاط (كالحر) لأن المكاتب يملك إكسابه ، وهذا منها ، ومتى عاد قنا بعجزه كانت كلقطة القن ، (و) لقطة (من بعضه حر بينه وبين سيده) على قدر ما فيه من الحرية والرق كسائر أكسابه ، (ولو كان بينهما) أي بين المبعض وسيده (مهايأة) أي موافقة على أن يكون كسبه لنفسه مدة معلومة ، ولسيده مدة معلومة، (وكذا حكم نادر من كسبه كهبة، وهدية، ووصية، وركاز، ونحوه) كنثار يقع في حجره، لأن الكسب النادر لا يعلم وجوده ، ولا يظن فلا يدخل في المهايأة . وإن كان الرقيق الملتقط بين شركاء ، فاللقطة بينهم على قدر حصتهم منه ، (ولو استيقظ نائم) أو مغمى عليه ، (فوجد في ثوبه مالاً لا يدري من صره) أو وجد في كيسه ، أو في جيبه مالاً يدري من وضعه فيه ، (فهو) أي المال (له) أي للنائم ونحوه ، (ولا تعريف) عليه لأن قرينة الحال تقتضي تمليكه له .

باب اللقيط

فعيل بمعنى مفعول ، كقتيل وجريح ، والأنثى لقيطة ، (وهو) أي اللقيط (طفل) لا مميز (لا يعرف نسبه ولا) يعرف (رقه ، نبذ) -بالبناء للمفعول- أي طرح في شارع، أو باب مسجد ونحوه ، (أو ضل) الطريق ما بين ولادته (إلى سن التمييز) .

قال في الإنصاف : فقط على الصحيح من المذهب ، (وقيل : والمميز) لقيط أيضاً (إلى البلوغ وعليه الأكثر) قاله في التنقيح . قال في الفائق : وهو المشهور . قال الزركشي : هذا المذهب . قال في التلخيص : والمختار عند أصحابنا أن المميز يكون لقيطاً ، لأنهم قالوا : إذا التقط رجل وامرأة معاً من له أكثر من سبع سنين أقرع ولم يخبر بخلاف الأبوين .

وعلم مما تقدم أنه لو نبذ ، أو ضل طفل معروف النسب ، أو معلوم الرق فرفعه من يعرفه أو غيره فهو لقيط لغة لا شرعاً ، (والتقاطه فرض كفاية) لقوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (1) ، ولأن فيه إحياء نفسه ، فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر ، وإنجائه من نحو غرق ، فلو تركه جميع من رآه أثموا ، ويحرم النبذ لأنه تعريض بالمنبوذ للتلف .

(ويستحب للملتقط الإشهاد عليه) كاللقطة ودفعاً لنفسه لئلا تراوده باسترقاقه .

(و) يستحب أيضاً للملتقط الإشهاد (على ما معه) أي اللقيط من مال ، صوناً لنفسه عن جحده ، (وهو) أي اللقيط (حر في جميع أحكامه) حتى في قذف وقود لأنها الأصل في الآدميين ، فإن الله خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لعارض ، فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل ، وهو أيضاً (مسلم) لظاهر الدار ، وتغليب الإسلام ، فإنه يعلو ولا يعلى عليه ، (إلا أن يوجد) اللقيط (في بلد كفار حرب ولا مسلم فيه) أي في بلد الحرب ، (أو فيه مسلم كتاجر وأسير فكافر رقيق) لأن الدار لهم وإذا لم يكن فيها مسلم كان أهلها منهم ، وإن كان فيها قليل من المسلمين غلب فيها حكم الأكثر من أجل كون الدار لهم . قال في الرعاية : وإن كان فيها مسلم ساكن فاللقيط مسلم ، وإلى ذلك أشار الحارثي ، فقال : مثل الأصحاب في المسلم هنا بالتاجر

---

(1) سورة المائدة ، الآية : ٢ .

والأسير ، واعتبروا إقامته زمناً ، حتى صرح في التلخيص أنه لا يكفي مروره مسافراً ، (فإن كثر المسلمون) في دار الحرب ، (فـ) اللقيط (مسلم) قلت : حر لما تقدم .

(وإن وجد) اللقيط (في دار الإسلام في بلد كل أهلها) أهل (ذمة فكافر) لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال وهذه لا مسلم فيها يحتمل كونه منه . وقال القاضي وابن عقيل : مسلم لأن الدار للمسلمين ، ولاحتمال كونه من مسلم يكتم إيمانه، (وإن كان فيه) أي بلد الإسلام الذي كان كل أهله أهل ذمة (مسلم) ولو واحداً ، (فـ) اللقيط (مسلم إن أمكن كونه) أي اللقيط (منه) أي من المسلم بها تغليباً للإسلام ولظاهرِ الدار ، وإن لم يبلغ من قلنا بكفره تبعاً للدار حتى صارت دار إسلام . فمسلم .

(ولا تجب نفقته) أي اللقيط (على ملتقطه) لأنه لا يرثه ، (وينفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه) أي اللقيط (ما ينفق عليه) لما روى سعيد عن سنين أبي جميلة قال : « وَجَدْتُ مَلْقُوطاً فَأَتَيْتُ به عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَقَالَ عَرِيفِي : يَا أَميرَ الْمُؤْمنينَ إنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ ، فَقَالَ عُمَرُ : أَكَذَلِكَ هُوَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ : فَاذْهَبْ هُوَ حُرٌّ وَلَكَ وَلاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ أوْ رَضَاعُهُ » .

(فإن تعذر) الإنفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه، أو لكون البلد ليس بها بيت مال ونحوه (اقترض حاكم على بيت المال) وظاهره : ولو مع وجوده متبرع بها ، لأنه أمكن الإنفاق عليه بدون منة تلحقه في المستقبل ، أشبه الأخذ لها من بيت المال ، قاله في شرح المنتهى ، (فإن تعذر) على الحاكم الاقتراض على بيت المال، أو كان لا يمكن الأخذ منه ، (فعلى من علم حاله الإنفاق) عليه (مجاناً) للأمر بالتعاون على البر والتقوى وبالعدل والإحسان ، ولأنه إحياء معصوم ، وإنقاذ له من التلف ، كإنقاذ الغريق .

(ولا يرجع) المنفق بما أنفقه عليه (لأنها فرض كفاية) إذا قام بها البعض سقطت عن الباقين ، لحصول المقصود ، وإن ترك الكل أثموا ، ولأنها وجبت للمواساة ، فهي كنفقة القريب ، وقرى الضيف ، (وإن اقترض الحاكم ما أنفق عليه) أي اللقيط ، (ثم بان رقيقاً ، أو له أب موسر رجع) الحاكم (عليه) أي على سيد الرقيق ، وأبي الحر الموسر ، لأن النفقة حينئذ واجبة عليهما .

قلت : وقياس الأب وارث موسر ، ويؤيده قوله : (فإن) اقترض الحاكم على اللقيط و(لم يظهر له أحد) تجب عليه نفقته ، (وفي) الحاكم ما اقترضه (من بيت المال)

لأن نفقته حينئذ واجبة فيه، وإن كان للقيط مال تعذر الإنفاق منه لمانع، أو ينتظر حصوله من وقف، أو غيره، فلمن أنفق عليه بنية الرجوع أن يرجع ، لأنه في هذه الحالة غني عن مال الغير ، هذا معنى كلام الحارثي . وقال : وإذا أنفق الملتقط أو غيره نفقة المثل بإذن الحاكم ليرجع فله الرجوع . وقال في المغني والشرح : وإن لم يتبرع أحد بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره بنية الرجوع إذا أيسر بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف ، وبغير أمر الحاكم ، فقال أحمد : يؤدي النفقة من بيت المال ، (وما وجد معه) أي اللقيط (من فراش تحته) كوطاء وبساط ، ووسادة وسرير ، (أو ثياب) أو حلي، أو غطاء عليه (أو مال في جيبه، أو تحت فراشه)، أو وسادته ، (أو مدفوناً تحته طرياً، أو) وجد (مطروحاً قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له) وكذا ما طرح فوقه، أو ربط به، أو بثيابه، أو سريره ، وما بيده من عنان دابة، أو مربوط عليها، أو مربوطة به، أو بثيابه ، قاله الحارثي ، لأن يده عليه. فالظاهر أنه له كالمكلف ، ويمنع التقاطه بدون التقاط المال الموجود لما فيه من الحيلولة بين المال ومالكه ، (وإن كان) اللقيط (في خيمة أو نحوها أو دار فهي له) إذا لم يكن فيها غيره ، فإن كان ثم بالغ في جميع ما تقدم فهو به أخص ، إضافة للحكم إلى أقوى السببين ، فإن يد اللقيط ضعيفة بالنسبة إلى يد البالغ ، وإن كان الثاني لقيطاً فهو بينهما نصفين لاستواء يدهما ، إلا أن توجد قرينة تقتضي اختصاص أحدهما بشيء دون شيء، فيعمل بها وما وجد بعيداً عنه ، أو مدفوناً تحته غير طري فلقطة ، (وأولى الناس بحضانته) واجده لأنه سبق إليه ، فكان أولى به .

(و) أولى الناس بـ (حفظ ماله واجده) لأنه وليه (إن كان أميناً) لما تقدم عن عمر رضي الله عنه (مكلفاً) لأن غير المكلف لا يلي أمر نفسه فلا يلي أمر غيره (رشيداً) لأن السفيه لا ولاية له على نفسه ، فغيره أولى (حراً) تام الحرية ، لأن كلا من القن والمدبر، وأم الولد، والمعلق عتقه بصفة منافعه مستحقة لسيده فلا يصرفها في غير نفعه إلا بإذنه ، وكذا المكاتب ليس له التبرع بماله، ولا منافعه إلا بإذن سيده (عدلاً) لأن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه : « إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ » .

(ولو) كان (ظاهراً) أي لم تعلم عدالته باطناً كولاية النكاح والشهادة فيه وأكثر الأحكام ، (وله) أي لواجده المتصف بما تقدم (الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم) لأنه وليه بخلاف من أودع مالاً وغاب وله ولد ، فلا ينفق الوديع على ولده من الوديعة لأنه لا ولاية له ، بل تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالإنفاق لاحتياجه إلى

نظر الحاكم ، (والمستحب) لواجد اللقيط الإنفاق (بإذنه) أي الحاكم (إن وجد) لأنه أبعد من التهمة، وأقطع من الظنة وفيه خروج من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق ، (وينبغي) لولي اللقيط (أن ينفق عليه بالمعروف ، كـ) ولي (اليتيم ، فإن بلغ اللقيط واختلفا) أي اللقيط وواجده (في قدر ما أنفق) واجده عليه فقول المنفق عليه فقول المنفق) بيمينه (أو) اختلفا (في التفريط في الإنفاق) بأن قال اللقيط : أنفقت فوق المعروف وأنكره واجده ، (فقول المنفق) بيمينه لأنه أمين ، والأصل براءته، (وله) أي واجد اللقيط (قبول هدية له) ، وهبة (وصدقة ، ووصية) ، وزكاة ، وكفارة، ونذر كولي اليتيم ، ولأن القبول محض مصلحة ، فكان له كحفظة وتربيته .

قلت : ولعل المراد تجب إذا لم يضر باللقيط كما تقدم في الحجر فيما إذا وهب لليتيم رحمة أنه يجب القبول إن لم تلزم نفقته ، وإنما عبروا باللام في مقابلة من منع ذلك وجعله للحاكم ، (ولا يقر) اللقيط (بيد صبي ، و) لا بيد (مجنون ، و) لا بيد (سفيه ، و) لا بيد (فاسق) ظاهر الفسق لما تقدم ، (ولا) يقر أيضاً بيد (كافر واللقيط مسلم) لانتفاء ولاية الكافر على المسلم، ولا يؤمن فتنته في الدين ، (ولا) يقر اللقيط أيضاً (بيد رقيق بلا إذن سيده) لانتفاء أهليته للحضانة والولاية على الأحرار ، (وليس له) أي القن (التقاطه بغير إذن سيده) لانتفاء أهليته للحضانة والولاية على الأحرار ، (وليس له) أي القن (التقاطه بغير إذن سيده) لأنه مستحق المنفعة للسيد ، (إلا أن لا يجد) الرقيق (من يلتقطه فيجب) على الرقيق (التقاطه لأنه تخليص له) أي اللقيط (من الهلكة) وهو واجب في هذه الحال لانحصاره فيه ، (فإن أذن له سيده) في التقاطه (فهو نائبه) فلا ينزع منه ، لأن التقاطه إذن للسيد والعبد نائب عنه . قال ابن عقيل : وليس للسيد الرجوع في الإذن، (والمدبر، وأم الولد، والمعلق عتقه) بصفة، (والمكاتب ومن بعضه حر كالقن) لقيام الرق ، (ولا يقر) اللقيط (بيد بدوي ينتقل في المواضع) لأنه إتعاب للطفل بتنقله ، فيؤخذ منه ويدفع إلى من في قرية ، لأنه أرفه له، وأخف عليه ، (ولا) يقر أيضاً بيد (من وجده في الحضر وأراد نقله إلى البادية) لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه، وأرفه له، وأرجى لكشف نسبه، وظهور أهله، (فإن التقطه في البادية مقيم في حلة) -بكسر الحاء المهملة - وهي بيوت مجتمعة للاستيطان أقر معه ، لأن الحلة كالقرية في كون أهلها لا ترحل لطلب الماء والكلأ ، (وأراد) أي وأراد واجد اللقيط ببادية (النقلة) به (إلى الحضر أقر) اللقيط (معه) لأنه أرفق به ، (ويصح) أي يجوز (التقاط ذمي لذمي ويقر) الذمي (بيده) أي الذمي

لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [(١)] ، (ولو التقط) اللقيط (الكافر مسلم وكافر فهما سواء) لاستوائهما في الالتقاط وللكافر على الكافر الولاية ، (وقيل المسلم أحق ، اختاره جمع) منهم صاحب المغنى ، والشرح ، والناظم .

قال الحارثي : وهو الصحيح بلا تردد ، لأنه عند المسلم ينشأ على الإسلام ويتعلم شرائع الدين فيفوز بالسعادة الكبرى ، (وإن التقطه في الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر) لم يقر بيده ، (أو) التقطه في الحضر من يريد النقلة (من بلد إلى قرية، أو من محلة إلى محلة) أي من حلة إلى حلة (لم يقر بيده) لأن بقاءه في بلده، أو قريته، أو حلته أرجى لكشف نسبه وكالمتنقل به إلى البادية ، (ما لم يكن البلد الذي كان فيه) واجد اللقيط ، (وبيئاً) أي وخيماً (كغور بيسان) -بكسر الباء الموحدة يليها ياء مثناة تحت ساكنة ثم سين مهملة- بلد بأرض الشام، (ونحوه) كالجحفة ، فإن كان البلد وبيئاً أقر اللقيط بيد المنتقل عنه إلى بلد لا وباء، أو دونه في الوباء لأنه مصلحة ، وإن أراد السفر به لغير نقلة ، فإن عرفت عدالته، وظهرت أمانته أقر بيده ، وإن كان مستور الحال ففيه وجهان ، (وحيث قال بانتزاعه) أي اللقيط (من الملتقط فيما تقدم) من المسائل ، (فإنما ذلك) الانتزاع (عند وجود الأولى به) من الملتقط ، (فما إذا لم يوجد) أولى منه (فإقراره في يده أولى كيف كان) لرجحانه بالسبق إليه ، (ويقدم موسر ومقيم من أهل الحضانة إذا التقطاه) أي الموسر وضده، أو المقيم وضده (معاً على ضدهما) فيقدم الموسر على المعسر لأنه أحظ للقيط، ويقدم المقيم على المسافر ، لأنه أرفق باللقيط ، (فإن تساويا) أي الملتقطان في اليسار، أو الإقامة ، (وتشاحا) بأن لم يرض أحدهما بإسقاط حقه وتسليم اللقيط إلى صاحبه (أقرع بينهما) لقوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [(٢)] ، ولأنه لا مرجح لأحدهما، والحضانة لا تتبعض والمهايأة فيها إضرار بالطفل ، لأنه تختلف عليه الأغذية، والأنس، والألف ، (والبلدي والكريم وظاهر العدالة وضدهم) أي البلدي والقروي سواء ، والكريم والبخل سواء ، وظاهر العدالة ومستورها سواء ؛ لاستوائهما في الأهلية ، (والرجل والمرأة سواء) فلا تقدم عليه بخلاف الحضانة، لأنهما أجنبيان عن الطفل فيستويان فيه ، وإنما قدمت في الحضانة لقرابتها المقتضية للشفقة وكون الرجل ، إنما يحضن بأجنبية ، (والشركة في الالتقاط أن يأخذاه جميعاً) أي معاً ، (ووضع اليد عليه كالأخذ ولا اعتبار بالقيام المجرد) عن الأخذ ووضع اليد (عنده) أي عند اللقيط لأن الالتقاط حقيقة في الأخذ ،

---

(١) سورة الأنفال ، الآية : ٧٣ .   (٢) سورة آل عمران ، الآية : ٤٤ .

وفي معناه وضع اليد ، فلا يوجد بدونهما (إلا أن يأخذه) الملتقط (للغير بأمره فالملتقط (للغير بأمره فالملتقط هو الأمر في قول) من يقول بصحة التوكيل في الالتقاط ، (والآخذ نائب عنه) أي الآمر فهو كاستنابته في أخذ المباح ، وتقدم في الوكالة لا تصح في الالتقاط ، فالملتقط هو الآخذ لا الآمر ، (فإن نوى) المأمور (أخذه لنفسه فهو أحق به) ولو قلنا بصحة الوكالة لأنه بنية أخذه لنفسه عزل نفسه ، (وإن اختلفا في الملتقط منهما) بأن ادعى كل منهما أنه الذي التقطه وحده (قدم من له بينة) به ، (سواء كان في يده أم في يد غيره) إعمالاً لبينته ، (فإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخياً) لأن الثاني إنما أخذ ممن ثبت الحق له . قال الحارثي : وهذا التعليل يقتضي أن اللقيط لا يقبل الانتقال من شخص إلى شخص وليس كذلك ، فإنه جائز في بعض الحالات فهو كالمال ، فيجري فيه ما في بينة المال من رواية اعتبار سبق التاريخ ورواية تساويهما أعني البينتين ، (فإن اتحدتا تاريخاً، أو أطلقتا، أو أرخت إحداهما ، وأطلقت الأخرى تعارضتا وسقطتا) فيصيران كمن لا بينة لهما لم يكن بيد أحدهما ، فإن كان بيد أحدهما فكدعوى المال فتقدم بينة خارج ، (وإن لم تكن لهما بينة قدم صاحب اليد مع يمينه) لأن اليد تفيد الملك ، فأولى أن تفيد الاختصاص ، (فإن كان) اللقيط (في أيديهما أقرع بينهما) لتساويهما في موجب الاستحقاق ، ولا سبيل إلى اشتراكهما في كفالته كما تقدم ، (فمن قرع) أي خرجت له القرعة (سلم إليه مع يمينه وإن لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما بعلامة مستورة في جسده) بأن يقول : بظهره، أو بطنه، أو كتفه، أو فخذه شامة، أو أثر جرح، أو نار ونحوه فكشف ووجد كما ذكر (قدم) على من لم يصفه به ، لأن هذا نوع من اللقطة بوصفها كلقطة المال ، ولأنه يدل على سبق يده عليه ، (فإن وصفاه جميعاً) بما تقدم (أقرع بينهما) لانتفاء المرجح لأحدهما على الآخر، (وإن لم يكن) اللقيط (في أيديهما ، ولا في يد واحد منهما ، ولا بينة لهما، ولا لأحدهما ولا وصفاه ، ولا) وصفه (أحدهما ، سلمه القاضي إلى من يرى منهما، أو من غيرهما) لأنه لا يد لهما ، ولا بينة ، فاستويا وغيرهما فيه ، كما لو لم يتنازعاه. وقال في المغني : الأولى أن يقع بينهما ، (ولا تخيير للصبي) إذ لا مستند له ، بخلاف اختياره أحد الأبوين ، لأنه يستند إلى تجربة تقدمت ، قاله في التخليص . (ومن أسقط حقه) من المتنازعين فيه ، أو ممن التقطاه معاً (منه) أي من اللقيط (سقط) حقه، لأن الحق لهما فكان لكل منهما تركه للآخر كالشفيعين .



(فصل في ميراث اللقيط)

وميراث اللقيط إن مات لبيت المال إن لم يخلف وارثاً ، ولا يرثه الملتقط ، لأنه إذا لم يكن رحم ولا نكاح ، فالإرث بالولاء ، وقد قال النبي ﷺ : « إِنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[1] ، (والملتقط ليس معتقاً ، وحديث واثلة بن الأسقع ، قال : قال رسول الله ﷺ : « المَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلاثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا وَوَلَدَهَا الذي لا عَنَتْ عَلَيْهِ »[2] أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن . قال ابن المنذر : لا يثبت ، وقول عمر : « وَلَكَ وَلاؤُهُ » أي ولايته .

(وديته) أي اللقيط (إن قتل لبيت المال) لأنها من ميراثه كسائر ماله (إن لم يخلف) اللقيط (وارثاً) بفرض، أو تعصيب ، فإن كانت له زوجة فلها الربع ، والباقي لبيت المال ، وإن ماتت لقيطة لها زوج ، فله النصف والباقي لبيت المال ، وإن كان له بنت أو بنت ابن ، أو ابن بنت أخذ جميع المال ، لأن الرد والرحم مقدم على بيت المال، (ولا ولاء عليه) أي اللقيط لقوله ﷺ : « إِنَّمَا الولاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[3] ، ولأنه لم يثبت عليه رق ، ولا ولاء على آبائه ، فلم يثبت عليه كالمعروف نسبه ، ولأنه إن كان ابن حرين ، فلا ولاء عليه ، وإن كان ابن معتقين ، فلا يكون عليه ولاء لغير معتقهما. (وإن قتل) اللقيط (عمداً ، فوليه الإمام) لقوله ﷺ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ » ولأن المسلمين يرثونه ، والسلطان ينوب منابهم .

فـ (إن شاء) الإمام (اقتص ، وإن شاء أخذ الدية) حسب الأصلح ، لأنه حر

---

(١) الحديث متفق عليه من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق .

(٢) الحديث أخرجه من رواية واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أحمد في المسند : ٤٩٠/٣ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الفرائض ، باب ميراث ابن الملاعنة ، الحديث (٢٩٠٦) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤٢٩/٤ ، كتاب الفرائض ، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ، الحديث (٢١١٥) ، وأخرجه النسائي ذكره المزي في تحفة الأشراف : ٧٨/٩ ، الحديث (١١٧٤٤) ، وقال المحقق في الفرائض الكبرى ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٩١٦/٢ ، كتاب الفرائض ، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث ، الحديث (٢٧٤٢) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٨٩/٤ ، كتاب الفرائض . . . ، الحديث (٦٨) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٣٤٠/٤ - ٣٤١ ، كتاب الفرائض، باب أول من أعال الفرائض عمر ، وقال : « صحيح الإسناد ولم يخرجاه » ، وأقره الذهبي ، وقال : هو في السنن الأربعة ، وأخرجه البيهقي في الكبرى : ٢٤٠/٦ ، كتاب الفرائض ، باب الميراث بالولاء .

(٣) راجع تخريج (١) بنفس الصفحة .

معصوم ، والاستحقاق منسوب إلى جهة الإسلام ، لا إلى آحاد المسلمين ، حتى يمنع منهم كون فيهم صبيان ومجانين ، (وإن قطع طرفه) أي اللقيط (عمداً ، انتظر بلوغه مع رشده) ليقتص أو يعفو ، لأن مستحق الاستيفاء المجني عليه ، وهو حينئذ لا يصلح للاستيفاء ، فانتظرت أهليته ، وفارق القصاص في النفس ، لأن القصاص ليس له ، بل لوارثه ، والإمام المتولي عليه ، (فيحبس الجاني) على طرف اللقيط (إلى أوان البلوغ والرشد) لئلا يهرب (إلا أن يكون) اللقيط (فقيراً ، ولو) كان اللقيط (عاقلاً ، فيجب على الإمام العفو على مال) فيه حظ للقيط (ينفق عليه) دفعاً لحاجة الإنفاق ، وما جزم به المصنف من التسوية بين المجنون ، والعاقل . قال في شرح المنتهى : إنه المذهب ، وقال في الإنصاف : هو الصحيح من المذهب ، ويأتي في باب استيفاء القصاص : أن لولي المجنون العفو لأنه لا أمد له ينتهي إليه ، بخلاف ولي العاقل ، وقطع به في الشرح هنا ، (وإن ادعى الجاني عليه) أي على اللقيط رقه ، (أو) ادعى (قاذفه ، وكذبه اللقيط بعد بلوغه ، فالقول قول اللقيط) لأنه موافق للظاهر ، لأنه محكوم بحريته ، ولأنه لو قذف إنساناً لوجب عليه حد الحر ، فللقيط طلب حد القذف ، واستيفاء القصاص من الجاني ، وإن كان حراً ، وإن أوجبت الجناية مالاً ، طالب بما يجب في الحر، وإن صدق اللقيط قاذفه، أو الجاني عليه على كونه رقيقاً لم يجب عليه إلا ما يجب في قذف الرقيق، أو جنايته عليه ، (وإن جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ، فـ) أرشها (على بيت المال) لأن ميراثه ونفقته في بيت المال ، فكان عقله فيه كعصباته ، (وإن كانت) الجناية (لا تحملها العاقلة) كالعمد المحض، وإتلاف المال ، (فحكمه) أي اللقيط (فيها حكم غير اللقيط) ، فـ (إن كانت) الجناية (توجب القصاص ، وهو) أي اللقيط (بالغ عاقل اقتص منه) مع المكافأة ، (وإن كانت) الجناية من اللقيط (موجبة للمال ، وله) أي اللقيط (مال استوفي) ما وجب بالجناية (منه) أي من ماله، (وإلا) بأن لم يكن له مال (كان) ما وجب بالجناية (في ذمته ، حتى يوسر) كسائر الديون ، (وإن ادعى أجنبي) أي غير الملتقط (أن اللقيط مملوكه) وهو في يده، صدق بيمينه ، إن كان اللقيط طفلاً أو مجنوناً ، (أو) ادعى إنسان أن (مجهول النسب غيره) أي اللقيط (مملوكه وهو في يده ، صدق) المدعي ، لدلالة اليد على الملك (مع يمينه) لإمكان عدم الملك ، ثم إذا بلغ وقال : أنا حر لم يقبل ، قاله الحارثي ، (وإلا فلا) أي وإن لم يكن اللقيط ، أو مجهول النسب بيد المدعي ، فلا يصدق ، لأن دعواه تخالف الأصل ، والظاهر (فلو شهدت له) أي لمدعي اللقيط غير ملتقطه ، أو لمدعي مجهول النسب (بينة باليد) بأن قالا : نشهد أنه كان بيده حكم له باليد فيحلف أنه

ملكه، ويحكم له بملكه ، لأن اليد دليل الملك ، (أو) شهدت بـ (الملك، أو) شهدت (أنه عبده، أو مملوكه)، أو قنه، أو رقيقه ، (ولو لم تذكر البينة سبب الملك) حكم له به كما لو شهدا بملك دار ، أو ثوب ، (أو) شهدت (أن أمته) أي المدعي (ولدته في ملكه، حكم له به) لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ملكه ، (وإن) شهدت أنه ابن أمته ، أو أن أمته ولدته ، و(لم تقل في ملكه لم يحكم له) به ، لأنه يجوز أن تكون ولدته قبل ملكه لها ، فلا يكون له ، مع كونه ابن أمته ، وكونها ولدته ، هل يكفي في البينة التي تشهد أن أمته ولدته في ملكه امرأة واحدة أو رجل واحد ، لأنه مما لا يطلع عليه في غالب الأحوال رجال ؟ وبه جزم في المغني ، أو لا بد في ذلك من رجلين أو رجل وامرأتين ، كما ذكره القاضي ؟ فيه وجهان . قال الحارثي عن قول القاضي : إنه أشبه بالمذهب .

(وإن ادعاه) أي ملك اللقيط (الملتقط ، لم يقبل إلا ببينة) تشهد بملكه ، أو أن أمته ولدته في ملكه ، ولا تكفي يده ، ولا بينة تشهد له باليد ، لأن الأصل الحرية ، ويده عن سبب لا يفيد الملك ، فوجودها كعدمها ، بخلاف المال ، فإن الأصل فيه الملك، (وإن كان المدعي) بفتح العين أنه مملوك من لقيط، أو مجهول نسب (بالغاً عاقلاً) وكذا إن كان مميزاً ، كما يأتي في الدعاوي ، (فأنكر) أنه رقيق ، وقال : أنا حر (فالقول قوله : أنا حر) لأن الأصل معه (وإن كان للمدعي) رق اللقيط ، أو مجهول النسب (بينة) بدعواه (حكم) له (بها) أي ببينته ، (فإن كان الملتقط) -بفتح القاف - وفي نسخ : اللقيط قد (تصرف قبل ذلك) أي قبل أن يحكم به لمدعي رقه ببينة (ببيع، أو شراء)، أو هبة ونحوها (نقضت تصرفاته) لأنه بان أنه كان تصرف بغير إذن سيده ، (وإن أقر) اللقيط، أو مجهول النسب (بالرق بعد بلوغه ، لم يقبل إقراره، سواء تقدم إقراره تصرف ببيع ، أو شراء ، أو تزويج ، أو إصداق ونحوه ، أو لم يتقدمه) تصرف (بل) كان (أقر بالرق جواباً) لدعوى مدع ، (أو) أقربه (ابتداء، ولو صدقه المقر له) بالرق ، لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، فلم يصح (كما لو تقدمه إقرار بحريته) ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ، ولم يتجدد له رق بعد التقاطه .

(وإن أقر اللقيط أنه كافر وقد حكمنا بإسلامه من طريق الظاهر ، تبعاً للدار) بأن كان وجد في دار إسلام ، فيه مسلم ، يمكن كونه منه (لم يقبل قوله) أنه كافر بعد بلوغه ، لأن دليل الإسلام وجد عرياً عن المعارض وثبت حكمه واستقر ، فلم يجز إزالة حكمه بقوله ، كما قال ذلك ابن مسلم ، وقوله لا دلالة فيه أصلاً لأنه لا يعرف في

الحال من كان أبوه ، ولا ما كان ديته ، وإنما يقول ذلك من تلقاء نفسه ، (وحكمه حكم المرتد) يستتاب ثلاثاً ، فإن تاب ، وإلا قتل (كما لو بلغ سناً يصح إسلامه فيه) كسبع سنين ، (ونطق بالإسلام) وهو يعقله ، (ثم قال : إنه كافر) فإنه يستتاب بعد بلوغه ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتل ، لأن إسلامه متيقن .

★ ★ ★

(فصل في الإقرار ببنوة اللقيط)

وإن أقر إنسان أنه أي اللقيط ولده ، وقوله : (مسلم أو ذمي) صفة لإنسان (يمكن كونه) أي اللقيط (منه) أي المقر (حراً كان) المقر (أو رقيقاً ، رجلاً كان أو امرأة ولو) كانت (أمة ، حياً كان اللقيط أو ميتاً أحق به) لأنه استلحاق لمجهول النسب ادعاه من يمكن أنه منه من غير ضرر فيه، ولا دافع عنه، ولا ظاهر يرده، فوجب اللحاق، ولأنه محض مصلحة للطفل لوجوب نفقته وكسوته واتصال نسبه ، فكما لو أقر له بمال .

(ولا تجب نفقته) أي اللقيط (على العبد) إذا ألحقناه به لأنه لا يملك ، (ولا حضانة له) أي للعبد على من استلحقه لاشتغاله بالسيد فيضيع ، فلا يتأهل للحضانة كما قال الحارثي ، وإن أذن السيد جاز لانتفاء مانع الشغل ، (ولا) تجب نفقة من استلحقه العبد (على سيده ، لأنه) أي اللقيط (محكوم بحريته) والسيد غير نسيب له، (وتكون) نفقته (في بيت المال) لأنه للمصالح العامة ، (ولا يلحق) اللقيط (بزوج المرأة المقرة به بدون تصديقه) أي الزوج ، لأن إقرارها لا ينفذ على غيرها فلا يلحقه بذلك نسب لم يقر به ، (ولا) يلحق اللقيط (بالرقيق) إذا استلحقه (في رقه) لأنه خلاف الأصل، وإضرار بالطفل (بدون بينة الفراش فيهما) فإن أقامت المرأة بينة أنها ولدته على فراش زوجها لحق به ، وكذا لو أقيمت بنية برقه بأن تشهد أنه عبده، أوقنه، أو أن أمته ولدته في ملكه على ما تقدم ، (كما لو استلحق) حر (رقيقاً) فيثبت نسبه دون حريته إلا ببينة تشهد أنه ولد على فراشه ، (ولا) يلحق اللقيط (بزوجة المقر بدون تصديقها) لأن إقراره لا يسري عليها ، (ويلحق) اللقيط (الذمي) إذا استلحقه (نسباً) كالمسلم (لا ديناً) لأنه محكوم بإسلامه فلا يتأثر بدعوى الكافر ، ولأنه مخالف للظاهر وفيه إضرار باللقيط ، (ولا حق له) أي الذمي (في حضانته) أي اللقيط الذي استلحقه لأنه ليس أهلاً لكفالة مسلم، ولا تؤمن فتنته عن الإسلام، ونفقته في بيت المال، (ولا يسلم إليه إلا أن يقيم) الذمي (بينة أنه ولد على فراش فيلحقه ديناً) لثبوت أنه وإن ولد ذميين كما لو لم يكن لقيطاً ، (بشرط استمرار أبويه على الحياة والكفر) إلى بلوغه عاقلاً ، فإن مات أحدهما، أو أسلم قبل بلوغه حُكِم بإسلامه ، (والمجنون

كالطفل) إذا أقر إنسان أنه ولده لحق به (إذا أمكن أن يكون منه ، وكان) المجنون (مجهول النسب) لأن قول المجنون غير معتبر فهو كالطفل ، (وكل من ثبت إلحاقه بالاستلحاق لو بلغ) أو عقل ، (وأنكر لم يلتفت إلى قوله) لنفوذ الإقرار عليه في صغره، أو جنونه لمستند صحيح ، أشبه الثابت بالبينة ، (وإن ادعاه) أي نسب اللقيط (اثنان أو أكثر) سمعت دعواه لأن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى ، ولا فرق بين المسلم والكافر، والحر والعبد ، فإن كان (لأحدهما بينة قدم بها) لأنها تظهر الحق وتبينه ، (وإن كان) اللقيط المدعي نسبه (في يد أحدهما وأقاما بينة قدمت بينة خارج) كالمال ، (وإن كان) اللقيط (في يد امرأة) وادعت نسبه وأقامت به بينة (قدمت على امرأة ادعته بلا بينة) لأن البينة موضحة ، (وإن تساووا في البينة) بأن أقام كل منهم بينة والطفل بأيديهم أو ليس بيد واحد منهم ، (أو) تساووا في (عدمها عرض) اللقيط (معهما) أي المدعيين إن ادعياه معاً وإلا لحق بالأول ، إلا أن تلحقه القافة بالثاني فيلحق به ، وينقطع نسبه عن الأول لأنها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى (على القافة) بالتخفيف جمع قائف ، ويأتي معناه ، وكان إياس بن معاوية قائفاً ، وكذا شريح قاله في المبدع .

(أو) عرض (مع أقاربهما إن ماتا) أي المدعيين (كالأخ، والأخت، والعمة، والخالة فإن ألحقته) القافة (بأحدهما لحق به) لحديث عروة عن عائشة قالت : « دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ وَهُوَ مَسْرُورٌ فَقَالَ : أَيْ عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَى لي مجزز المدلجي ؟ دَخَلَ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيداً وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطّيا رُؤُسَهما وَبَدت أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ : إنَّ هَذه الأَقْدَام بَعْضهَا منْ بَعْضٍ » [1] ، وفي لفظ : « دَخَلَ قَائِفٌ وَالنَّبِيُّ ﷺ شَاهَدٌ وَأُسَامَةُ بنُ زَيد وَزَيدُ بنُ حَارِثَةَ مُضْطَجعَان فَقَالَ : إنَّ هَذِه الأَقْدَام بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ، فَسُرَّ بِذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَعْجَبَهُ وَأَخبَرَ بِه عَائِشَةَ» [2] متفق عليهما ، وبه قال عمر، وأبو موسى، وابن عباس وأنس، وقضى به عمر بحضرة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فكان إجماعاً ، (وإن ألحقته) القافة (بهما) أى المدعيين (لحق) نسبه (بهما) لما روي سعيد عن عمر : «في امْرَأَة وَطَئَهَا رَجُلان فِي طُهْرٍ فَقَالَ القَائِفُ : قَدْ اشتَرَكَا فيه جَميعاً فَجَعَلَهُ بَيْنَهُما » وبإسناده عن الشعبي قال : وعليّ يقول : « هُوَ ابْنُهُمَا وُهُمَا أَبَوَاهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِه » ،

---

(١) ، (٢) الحديث متفق عليه من رواية سفيان بن أبي وقاص ، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب من ادعى إلى غير أبيه ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان ، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم .

ورواه الزبير بن بكار عن عمر ، (فيرث) الملحق بأبوين (كل واحد منهما إرث ولد كامل ، ويرثانه إرث أب واحد) لما تقدم ، (وإن وصي له) أي الملحق باثنين (قبلا) الوصية له (جميعاً) لأنهما بمنزلة أب واحد ، وعلى قياس ذلك سائر التصرفات من نكاح وقبول هبة ونحوها . قال الموضح : وهما وليان في غير ذلك كنكاح وغيره ، (وإن خلف) الملحق باثنين (أحدهما فله إرث أب كامل، ونسبه ثابت من الميت) كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة كالزوجات ، (ولأمي أبويه مع أمه نصف السدس) لأنهما بمنزلة أم أب مع أم ، (ولها) أي لأم أمه (نصفه) أي السدس ، (ولو توقفت القافة في إلحاقه بأحدهما، أو نفتة عن الآخر لم يلحق بالذي توقفت فيه) لأنه لا دليل له ، (ولا يلتحق) الولد (بأكثر من أم واحدة) لأنه يستحيل أن يكون من أمين ، (فإن ألحقته القافة بأكثر من أم سقط قولها) ولم يلحق بواحدة منهما لتبين خطأ القافة وليست إحداهما أولى من الأخرى ، (وإن ادعى نسبه رجل وامرأة لحق بهما) لأنه لا تنافي بينهما لإمكان كونه منهما بنكاح، أو وطء شبهة فيكون ابنهما بمجرد دعواهما كالانفراد ، (فإن قال الرجل : هو ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك) أي أنه ابنها منه وادعت امرأة أخرى أنه ابنها » ، (فهو ابنه) و(ترجح زوجته على الأخرى) لأن زوجها أبوه ، فالظاهر أنها أمه ، (والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه) جمع قائف ، (ولا يختص ذلك بقبيلة معينة) كبني مدلج (بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف) قال في الصحاح : يقال : قفت وقفوت وقاف واقتاف أثره إذا اتبعه وهو أقوف الناس . ا هـ .

والقائف كالحاكم ، فلو ألحق بواحد لم يصح إلحاقه منه أو من غيره بعد ذلك بآخر ، وإن أقام بينة أنه ولده حكم له به ، وسقط قول القائف ، لأنه بدل ، فيسقط بوجود الأصل ، (وإن ادعاه) أي نسب للقيط ونحوه (أكثر من اثنين) كثلاثة فأكثر ، (فألحق) أي ألحقته القافة (بهم لحق بهم وإن كثروا) لأن المعنى الذي لأجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه قياساً ، وقولهم : أن إلحاقه باثنين على خلاف الأصل ممنوع، وإن سلمناه ، لكن ثبت لمعنى موجود في غيره ، فيجب تعدية الحكم إليه ، (والحكم كما تقدم) من أنه يرث كل واحد منهم ولد كامل ويرثونه إرث أب واحد ويقبلون له الوصية ونحوها) لا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده) لأنه قد يطلع عليها الغير فلا تحصل الثقة بذكرها ، (وإن نفته القافة عنهم، أو أشكل عليهم، أو لم توجد قافة) يمكن الذهاب إليها ، (ولو بعيدة فيذهبون إليها) ضاع نسبه لأنه لا دليل لأحدهم ، أشبه من لم يدع نسبه ، (أو اختلف قائفان ، أو) اختلف (اثنان وثلاثة فأكثر ضاع نسبه) لعدم

المرجح لأحد المدعيين ، كما لو تعارضت بينتاهما ، (وإن اتفق) قائفان (اثنان وخالفهما) قائف (ثالث أخذ بهما) لكمال النصاب إن اعتبر التعدد وإلا فتعارض القائفين يقتضي تساقطهما ، والثالث خلا عن معارض فيعمل به ، (ومثله) طبيبان وبيطاران في عيب) خالفهما ثالث فيقدمان عليه ، (ولو رجعا) بعد التقويم بأن قوماه بعشرة ثم رجعا إلى اثني عشر أو ثمانية لم يقبل . قال الحارثي : وينبغي حمله على بعد الحكم، ولو رجع من ألحقته به القافة عن دعواه لم يقبل منه، ومع عدم إلحاقها بواحد من اثنين فرجع أحدهما يلحق بالآخر ، (ولو ألحقته) القافة (بواحد لانفراده بالدعوى ثم عادت فألحقته بغيره) كان للأول ، (أو ألحقته قافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بآخر ، كان للأول) لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، كحكم الحاكم ، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لأنه بدل فسقط بوجود الأصل ، (وإن ولدت امرأة ذكر أو) ولدت (أخرى أنثى وادعت كل واحدة منهم إن الذكر ولدها دون الأنثى عرضتا مع الولدين على القافة ، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به) القافة كما لو لم يكن لها ولد آخر ، (فإن لم توجد قافة اعتبر باللبن خاصة ، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته . وقد قيل : إن لبن الابن أثقل من لبن الأنثى ، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى ، وإن كان الولدان ذكرين، أو أنثيين وادعتا أحدهما تعين عرضه) أي الولد المتنازع فيه (على القافة) كما تقدم ، وإن ادعى اثنان مولوداً ، فقال أحدهما : هو ابني ، وقال الآخر : هو ابني ، نظر إن كان ذكراً فلمدعيه ، وإن كان أنثى فلمدعيها سواء ، كان هناك بينة أو لا ، لأن كل واحد منهما لا يستحق سوى ما ادعاه ، وإن كان خنثى ، مشكلاً عرض معهما عل القافة ، لأنه ليس قول أحدهما أولى من الآخر ، (وإن وطيء اثنان امرأة بشبهة ، أو) وطئا (جارية مشتركة بينهما في طهر واحد، أو وطئت زوجة رجل أو) وطئت (أم ولده، وأتت بولد يمكن أن يكون منه) أي الواطيء ، (فادعى الزوج أنه من الواطيء أرى) الولد (القافة معهما) أي الواطئين إن كانا موجودين، وإلا فمع أقاربهما، كاللقيط، وألحق بمن ألحقوه به منهما ، (سواء ادعياه، أو جحداه، أو) ادعاه (أحدهما) وجحده الآخر ، وقد ثبت الفراش ، ذكره القاضي وغيره وهو المذهب ، قاله الحارثي . فقول المصنف : فادعى الزوج أنه من الواطئ تبعاً لأبي الخطاب، والمقنع، والمستوعب: فيه نظر، إذ لا يلائم آخر كلامه لكنه تبع صاحب الإنصاف ، وعبارة المبدع أيضاً موهمة ، وعلى قول أبي الخطاب ومتابعيه إن ادعاه الزوج وحده اختص به لقوة جانبه ، ذكره في المحرر ، وكذا لو تزوجها كل منهما تزويجاً فاسداً، أو كان أحدهما صحيحاً، والآخر فاسداً، أو بيعت أمته فوطئها

المشتري قبل الاستبراء ، وليس لزوج ألحق به اللعان لنفيه ، (ونفقة المولود) المشتبه نسبه (على الواطئين) لاستوائهما في إمكان لحوقه بهما ، (فإذا ألحق) الولد (بأحدهما رجع) من لم يلحق به (على الآخر بنفقته) لتبين أنه محل الوجوب ، (ويقبل قول القائف في غير بنوة ، كأخوة وعمومة) وخؤولة لحديث عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « إِذَا عَلَا مَاؤُهَا مَاءَ الرَّجُلِ أَشْبَهَ الوَلَدُ أَخْوَالَهُ ، وَإِذَا عَلَا مَاءُ الرَّجُلِ مَاءَهَا أَشْبَهَ أَعْمَامَهُ » ذكره الحارثي ، ولا يختص بالعصبات كما تقدم ، لأن المقصود معرفة شبه المدعي للميت بشبه مناسبيه وهو موجود فيما هو أعم من العصبات ، (ولا قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة) لأن قوله حكم ، فاعتبرت له هذه الشروط ، (ولا تشترط حريته) قال في الإنصاف : هذا المذهب وقدمه في الفروع . قال الحارثي : وهذا أصح ، لأن الرق لا يخل بالمقصود ، فلا يمنع القبول كالرواية والشهادة ، وكالمفتي يجامع العمل بالاجتهاد . وقيل : تشترط حريته جزم به القاضي، وصاحب المستوعب، والموفق، والشارح ، وذكره في الترغيب عن الأصحاب . قال في القواعد الأصولية : الأكثرون على أنه كحاكم ، فتعتبر حريته، وقدمه في الرعاية الكبرى، والحاوي الصغير، وجزم به في المنتهي . قال في المبدع ولا الإسلام . وفي المستوعب : لم أجد أحداً من أصحابنا اشترط إسلام القائف ، وعندي أنه يشترط ، وجزم باشتراطه في شرح المنتهي أخذاً من اشتراط العدالة . قلت : مقتضى قول الأصحاب أنه كحاكم ، أو شاهد اعتبار الإسلام قطعاً والله أعلم .

(ويكفي قائف واحد) لما روى عن عمر أنه استقاف المصطلقي وحده ، وكذلك ابن عباس استقاف ابن كلدة وحده ، واستلحق به ، ولأنه حكم فقبل الواحد فيه كالحاكم، (وهو كحاكم فيكفي مجرد خبره) لقصة مجزز .

« تنبيه » قوله : « مجرباً في الإصابة » أي كثير الإصابة ، فمن عرف مولوداً بين نسوة ليس فيهن أمه ثم وهي فيهن ، فأصاب كل مرة فقائف ، وقال القاضي : يترك الصبي بين عشرة رجال غير مدعية ، فإن ألحقه بأحدهم سقط قوله ، وإن نفاه عنهم ترك مع عشرين منهم مدعيه ، فإن ألحقه به علمت إصابته وإلا فلا ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته ولو لم تجربه بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة ، وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز ، وقضية إياس بن معاوية في ولد الشريف من جارية شاهدة بذلك .

